

# 诉的变更之基本架构 及对现行法的改造

毕玉谦

---

**内容提要：**在民事诉讼上，诉的变更决定着当事人诉讼行为的效力范围与诉讼整体发展方向。在有些情形下，诉的变更甚至将会导致诉讼标的的变更，以至于从总体上动摇裁判的基础。可见，对于诉的变更的确定，会对诉讼程序乃至当事人的实体权利带来重大影响，因此，在立法上，对诉的变更所涉及的范畴应当予以适当规范。如果界定得过于宽泛，将不利于保障诉讼程序的安定性与效益性；如果界定得过于狭窄，也不利于保障当事人充分地行使诉权，有违设置民事诉讼这种公力救济途径的旨意。在对我国现行民事诉讼法进行修订时，应当将诉的变更界定为诉的声明的变更与请求原因事实的变更。

**关键词：**诉的变更 立法缺陷

---

实务界普遍认为，我国有关法律对当事人增加或者变更诉讼请求的制度规定很少，并存在较大的缺陷，在实践中给当事人行使诉讼权利和法院审理案件造成了较大的影响。<sup>〔1〕</sup>笔者认为，这一诉的变更问题在我国现行立法及司法解释当中突出地表现在两大方面：其一，立法上的空档，有关立法内容过于粗疏与零散，未能形成一个较为系统合理、结构完整的诉的变更的制度框架，许多必不可少的内容未加以规定；其二，立法上的缺陷，主要反映在两个层面：第一，现行的规定不尽科学，未能完整反映诉讼规律，正确解决诉讼的公正与效率问题；第二，现行的立法及司法解释之间相互矛盾，使实务界感到无所适从。笔者愿从以下几方面就与此相关的理论及实务问题进行论述，并对现行民事诉讼法的修订提出建议。

## 一、诉的变更之源流与基本观念

从大陆法系诉的变更观念发展趋势来看，总体上它从严格禁止走向有条件限制，然后又从不断调整限制尺度发展到当今权衡利弊而定夺的基本模式。在罗马法的诉讼体制下，当诉讼被提起进行到决定争点的阶段时，法院就应当做出相应的判决，并自此禁止原告对诉讼对象、诉讼当事人或法

---

、 国家法官学院教授

〔1〕 何建华：《增加、变更诉讼请求时限制度若干问题探讨》，<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=116330>，2005-9-23。

院再作变更；〔2〕同时，为了避免增加被告防御的难度，在日尔曼法的诉讼体制下，法院对诉的变更予以禁止。基于这种诉讼传统的影响，德国普通法长期以来恪守禁止诉的变更的原则。〔3〕至1877年的德国民事诉讼法，总体上承袭了德国普通法这种思维定势，在原则上禁止诉的变更，但基于诉讼程序本身的理性以及所具有的包容性特点，又规定了若干例外情形，以便使原告在经被告同意的条件下能够进行诉的变更。〔4〕另外，为了符合程序上的便捷和实务上的需要，如果出现原告对事实上或法律上的陈述加以更正或补充，或者就案件事项或附带请求对诉的申请加以扩张或缩减，或者因后来发生事件的变更而请求由另外的标的物 and 利益来替代先前所请求标的的情形，事实上也会放宽对诉的变更的限制。1898年，德国在修改其民事诉讼法时，进一步将原先只有经被告同意为条件，放宽为法院也可以据情定夺，认为诉的变更对被告的防御并不构成实质障碍时，应允许原告进行诉的变更。德国1924年修法时，立法者再次调整了原告与被告间的利益平衡，更加向原告方利益倾斜而不仅仅考虑被告在诉讼防御上的难易程度，进而更为扩大了诉讼变更的适用范围，从而也更为远离了仅基于被告利益的考虑而禁止诉讼变更的传统诉讼观念。

日本对德国诉的变更立法模式的承袭，在历史上曾经达到亦步亦趋的程度，但自1926年以来则逐步走向个性化。近年来日本民事诉讼法将诉的变更界定为，当原告提起的诉在诉讼过程中出现明显与案件事实不符的情形时将其变更为与实际相符之诉的制度，且不再以取得当事人同意作为诉的变更的要件。这一观点被认为超越了德国法的框架，发展到一个新的高度。〔5〕另外，现行日本立法确认，在上诉审中也允许进行诉的变更，这种做法符合诉讼法的公益性特点，即依据诉讼经济原则当事人之间所涉及的纠纷应尽可能在一个相同的诉讼框架之内加以解决，而在一个同一的诉讼程序中要使原告对其原诉进行必要的修正，从而避免原告不得不另行起诉再次将被告拖入诉讼的可能。与传统的限制性做法相比较，有条件地允许诉的变更在实质上并没有最终违背被告人的实际利益。甚至还有学者提出更为极端的主张，纵然请求的基础发生变更，只要另外存在恰当的理由就应该允许进行诉的变更或追加。而这种观点是否会从根本上动摇日本学术和立法上的主流意识，还有待于进一步的观察与判明。

在原告起诉后，又要将其诉讼客体变更为新的诉讼客体或者在原来诉讼客体之上另行追加诉讼客体的，对此，在立法政策上应当考虑是否加以禁止或者不加以禁止但附加一定的限制。在考虑时，势必要涉及到原告的立场、被告的利益以及法院需顾及的公益问题。对原告而言，在起诉后才发现其他证据事实，故此有变更或追加其请求的实际需要，否则就不得不撤回诉讼而重新起诉或者进行另外的诉讼，这样对双方当事人及法院来讲，均不能做到诉讼经济。但对于被告而言，期望的是诉讼自始安定，能专门就原告起诉的特定请求及提出的证据事实进行研判防御，并不受原告任意摆布。对于法院的公益立场而言，则要求诉讼迅速、经济并且全部彻底的解决。立法者必须在考虑这些对立的利益后做出权衡，从而制定诉的变更或追加的有关制度。〔6〕

诉的要素包括当事人、诉讼标的及诉的声明三者，我国台湾学者均将诉的变更解释为包括当事

〔2〕有一种观点认为，罗马法并无禁止诉的变更制度，而是中古时代的意大利才开始有此种制度。参见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局1996年版，第364页。

〔3〕参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第129页。

〔4〕根据德国1877年民事诉讼法的规定，只有在一审程序当中经被告同意时才能够进行诉的变更，在第二审程序中不允许进行诉的变更。基于被告时常滥用其同意权而逃避诉讼程序，1898年修正时改为，经被告同意或实际上不影响被告防御的，在第一审中可进行诉的变更，或于第二审中经被告同意才能进行诉的变更。1924年进一步修正为，在第一审中经被告同意或法院认为适当时，可进行诉的变更。1933年又修正为，在第二审中法院认为适当时也可进行诉的变更。参见前引〔2〕，陈荣宗等书，第364页。

〔5〕参见前引〔3〕，中村英郎书，第130页。

〔6〕参见前引〔2〕，陈荣宗等书，第358页。

人的变更,<sup>[7][8]</sup>并且认为,诉的变更主要是针对原告在起诉后提起新诉以替代原诉而言,而诉的追加主要针对原告提起新诉以与原诉合并而言,使诉的变更与诉的合并相互区别,比如,有台湾学者认为,凡涉及诉的要素之一在起诉后又予以追加的被称之为诉的追加,从而产生客观诉的合并问题。按照诉的构成要素,诉的追加可分为:(一)当事人的追加,如原来所诉为张三,后来又另加王五为被告;(二)诉的声明追加,如原来请求交还村东一片土地,后又另加请求交还村西一片土地;(三)诉讼标的追加,如原来以侵权行为请求返还窃得物,后来又基于不当得利请求返还。<sup>[9]</sup>这与大陆法系一些国家如德国、奥地利、日本学者在观念上有重大的差别。后者将所谓诉的变更(Klageänderung)在含义上限定为原告对于诉讼标的(Streitgegenstand)的变更,对于当事人的变更或追加不作为诉的变更来对待,而另外称之为当事人的变更(Parteiwechsel)。但此处所称的诉的变更包括台湾学者所称的诉的追加,不另外将诉的变更与诉的追加相区别。<sup>[10]</sup>

诉的变更这一概念和法律术语与大陆法系的成文法传统密不可分,相较而言,由于英美法系在审理前的阶段存在着完整而独立的诉答程序,使得诉的变更这一制度很难在英美法系当中找到直接的对对应物。在英美法系中,诉答程序的旨意包括程序性和实体性的双重内涵。如何进行诉答涉及程序问题,取决于审理案件的法院所遵守的特定规则;而就何种事项进行诉答取决于实体法上的范畴以及在其各自领域内掌握的事实所具有的法律意义。<sup>[11]</sup>在诉答程序中,诉答文书是由当事人的代理人起草和签名的书面文件,体现了当事人设定其诉讼请求的范围与性质以及对己方有利的论据。诉答文书的重要性是显而易见的,因为法院在裁判时仅对那些由当事人在其诉答文书中所提到的争议问题做出裁断。<sup>[12]</sup>当事人之间是通过诉答文书来确立案件事实的。<sup>[13]</sup>但是,按照现代规则,请求和事实争点罕有在诉答程序阶段就能得以确定的情形。<sup>[14]</sup>

可见,两大法系均不能够回避的一个基本规律是,由当事人之间的诉讼请求与诉讼抗辩确立的审判对象随着诉讼的推进,有时难免发生异变,由此,在客观上需要对于这种审判对象重新加以确立与整合。两大法系对此均以当事人主动提出动议为前提条件。在大陆法系主要表现为当事人申请诉的变更,而在英美法系则主要表现为对诉答文书(如美国)或案情声明(如英国)的修改或补充。英美法系对诉答文书进行修改和补充的基本理念是,诉答文书应当准确地使各方当事人获悉对方的诉讼请求并且其中所呈现的弹性应当足以保障每一个讼案获得实质性的正义。只要为公正所需要,就应当不加阻挠地允许对诉答文书进行修改,也就是说,在任何时候所做出的修改,只要将使诉答文书更加准确或者更为完备,并且相对当事人并不因此而遭受实质性的歧视时,就应当予以准许。对诉答文书的修改和补充适用于包括起诉状、答辩状和再答辩状(replies)在内的所有诉答文书。<sup>[15]</sup>

根据美国联邦民事诉讼规则第15条第1款的规定,在接到对方应答诉状前,当事人有权对其诉状进行修改。在其他情况下,当事人则只有经过法院准许或者一方当事人书面同意时才可修改其

[7] 参见庄柏林:《民事诉讼法概要》,台湾三民书局1986年版,第116页。

[8] 例如,我国台湾学者吴明轩先生认为,当事人、诉讼标的及应受判决事项的声明为诉的要素,应以此三者作为识别诉有无变更或追加的标准。参见吴明轩:《民事诉讼法》,台湾五南图书出版公司1981年版,第170页。

[9] 参见前引[7],庄柏林书,第116页。

[10] 参见前引[2],陈荣宗等书,第359页。

[11] See Mary Kay Kane, *Civil Procedure in a Nutshell*, West Publication Co., 2003, p. 88.

[12] See Andrew West, Yvon Desrevels, Alain Fenet, Dominique Gaurier, Marie-Llét Heussaff, Bruno Lévy, *The French Legal System*, Reed Elsevier (UK) Ltd., 1998, p. 294.

[13] See Richard L. Marcus, Martin H. Redish, Edward F. Sherman, *Civil Procedure - A Modern Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., West Publishing Co., 1995, p. 328.

[14] See Thomas A. Mauer, *Pretrial*, 5<sup>th</sup> ed., Aspen Law & Business, 2002, p. 111.

[15] 同上书,第172页。

诉答文书。但如符合正义的需要,则不受限制随时予以准许。

根据英国民事诉讼规则第17.4(2)条的规定,即使对案情声明(statements of case)的修改将产生追加或者变更新的诉讼请求的法律后果,法院也可准许,但应符合如下条件,即追加或变更有关诉讼请求的事实,须与在该诉讼中当事人主张救济、请求修改的诉讼请求所依据的事实相同或者基本相同。在英国2002年的一起判例(Goode v. Martin [2002] 1 All ER 620)当中,正是由于原告当事人所提出的诉讼请求变更与其所主张的救济依据的事实相差甚远而未得到法官的准许,法官认为,如准许这种变更将超越其权力所允许的限度。<sup>[16]</sup>按照英国法的诉讼观念,随着诉讼的不断推进,如果当事人对于案件事实的描述存在谬误,就有必要让当事人对其案情声明及时加以更正。其隐含的原则是,凡是有助于在当事人之间确立真实的争执议题(the real question in controversy),只要不对另一方当事人造成不公正,所有这类更正都应当被准许。<sup>[17]</sup>

美国法上对诉答文书的修改,与英国法上对案情声明的修改具有相似的功能。二者的条件也有相同之处,要么须征得另一方当事人的同意,要么须经过法院的许可,最终都有可能导致出现诉的变更。同样,在大陆法系,通常产生诉的变更的前提条件,亦不外乎经对方同意或者经法院准许这两种情形。

## 二、诉的变更之基本法意

大体上,为了表述和解释诉的变更的基本法意,见诸于不同的语言文义或因对外文翻译的不同理解,有关的理论学说或立法例将“诉讼请求”表述为“诉的声明”、“请求旨意”、“请求趣旨”云云。长期以来,在大陆法系的理论界就诉讼标的的问题一直存在争议,并在争论不休的过程中不断派生出新的学说。在与诉讼标的相关的“诉的变更”这一议题上,无论是在概念的定义上还是范畴的界定上亦始终存在着莫衷一是的争论。

所谓诉的变更,是指在诉讼系属之后,原告采用以变更诉状记载事项的请求旨意和原因的方式变更审判事项的同一性和范围,即利用因起诉而开始的诉讼程序更换先前所请求的内容。<sup>[18]</sup>这是在不损害诉讼关系同一性前提下所进行的对诉讼对象(诉讼上的请求)的变更。<sup>[19]</sup>日本学界也有观点认为,诉的变更毕竟是以已开始的诉讼程序为前提的审判中的新请求,如果是变更当事人,除诉讼承受之外,因不承认诉讼状态继续进行,这并不是法律所预想的诉的变更。因此,变更诉状所表明的当事人,并不属于诉的变更所包含的本意。<sup>[20]</sup>

在德国学界,尽管存在争议,还是有人不将当事人的更换作为通常诉的变更(Parteiwechsel)来处理。<sup>[21]</sup>根据对诉讼标的概念的通常理解,在下列情形下存在诉的变更:其一,改变诉讼请求;其二,改变已陈述的案件事实。<sup>[22]</sup>有的学者则将变更请求旨意、变更请求原因或者两者都发生变更这些情形用来解释诉的变更,例如,认为追加损害赔偿请求的金额是仅变更请求旨意而作为一种狭义的请求扩张。<sup>[23]</sup>也有学者认为诉的变更是指变更诉讼标的。<sup>[24]</sup>

[16] See Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford University Press, 2002, p. 155.

[17] 同上书,第145页。

[18] 参见[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》新版,白绿铨译,法律出版社1995年版,第182页。

[19] 参见前引[3],中村英郎书,第128页。

[20] 参见前引[18],兼子一等书,第183页。

[21] 参见[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227页。

[22] 参见[德]狄特·克罗林庚:《德国民事诉讼法法律与实务》,刘汉富译,法律出版社2000年版,第175页。

[23] 参见前引[18],兼子一等书,第182页;参见前引[3],中村英郎书,第128页。

[24] 参见前引[21],尧厄尼希书,第223页;参见前引[22],克罗林庚书,第175页。

从诉的变更种类上,日本有学者将诉的变更分为追加性变更与替换性变更两种情况。<sup>[25]</sup>前者指的是,在保持原有请求基础的前提下,在与其有同一性的范围内附加新的请求;后者指的是,以新的请求将原有请求取代,实际上是一种废旧立新的做法。关于替换性变更的认识,在立法例和理论上主要有两种思维模式。其中一种被称为传统的德国法模式,认为替换性变更是提起新诉与撤销旧诉两种行为的结合,新诉是否能够替代旧诉,除了遵循相应的变更程序之外,主要应考虑被告人的意愿。如果未经被告同意,旧诉依然系属于法院而不能当然被取而代之,法院也只能对旧诉做出判决。而一旦旧诉消灭,其结果就是使与旧诉毫不相干的新诉系属于法院。这种观念试图通过保护被告人在旧诉中的权益来制约原告以提起新诉的方式变更原诉,时至今日,对许多大陆法学者仍产生着根深蒂固的影响。另一种模式被认为是对此的扬弃,认为新旧两诉之间不过是通过一种形式上的变化而使后诉自动系属于法院,旧诉当中被告人的诉讼利益实际上可以原封不动地转移到新诉之中,从而并未影响被告人的诉讼利益,期间所发生旧诉的消灭并未对被告的诉讼利益造成实质性影响。这种思维观念为一些日本学者所持有,认为“替换性诉的变更因具备诉的变更要件而直接发生,旧诉毋须被告的同意而直接消灭。”<sup>[26]</sup>这种模式体现的是并不仅以一方当事人的诉讼利益为依归,而更强调从旧诉与新诉之间存在同一性这一技术层面来认识诉的变更。

在法国民事诉讼法上,一方当事人用以变更其先前提出主张的诉讼请求,被称之为追加之诉(demande additionnelle)(第65条),通过这种新的诉讼主张,原告变更了其先前提出的诉讼请求。而这种追加之诉与反诉和参加之诉一并构成了附随之诉(第63条)。可见,在法国法上,追加之诉既包括诉的变更,也包括诉的增加。

通过上述比较法的考察,我们看到,在理论上,诉的变更主要有以下基本类型:

(一) 诉的声明的变更。主要涉及两种情形:其一,原告请求法院在权利保护形式上(Rechtsschutzform)的变更。例如,原告由请求法院确认对某一特定物享有所有权变更为请求判令对方给付该特定物。在此情形下,权利保护的形式由确认之诉变更为给付之诉,使得诉讼标的也相应发生变更,因为诉讼标的必须始终与权利保护形式合为一体才能成为法院裁判的对象,否则无法成为原告提出的诉的声明。其二,诉的声明内容发生变更,而权利保护形式未有变更。例如,原告由请求法院确认其对某物享有所有权,变更为请求确认其享有某种债权。再例如,原告先是声明请求判令被告给付特定物,后又变更声明内容为,请求判令被告给付一定金额的钱款。<sup>[27]</sup>

(二) 请求原因事实的变更。诉讼标的有无变更,是否因请求原因事实的变更而受影响,除了应当视其诉讼系属当中的确认之诉、给付之诉及形成之诉三种类型加以衡量外,还应当依据诉讼标的的新旧理论观点以及请求原因事实的具体内容性质来判定。例如,在所有权确认之诉中,其请求原因事实由原来买卖或赠与取得所有权变更为继承取得所有权,均不导致其所有权的诉讼标的变动,即不发生诉的变更,此为诉讼标的的新旧理论解释的相同之处。但对于给付之诉或形成之诉,原告如在请求原因事实上提出新发生的请求权或形成权事实时,依据旧理论观点,即发生诉讼标的的变更,从而认为发生诉的变更;而依据新理论的观点,除金钱或代替物的给付诉讼外,请求原因事实的变更,即实体法上法律关系的变更并不影响诉讼标的,而不产生诉的变更问题。例如,将基于无权占有请求交还土地,变更为根据租赁关系请求交还土地。再如,在请求返还同一物的诉讼当中,请求原因事实由基于所有权的支付请求改为基于占有权的同一请求时,旧理论认为诉讼标的发生变更,即产生了诉的变更,但对同一请求仅改变作为请求理由的攻击方法,则不构成诉的变

[25] 参见前引[18], 兼子一等书, 第183页

[26] 前引[3], 中村英郎书, 第134页

[27] 参见前引[2], 陈荣宗等书, 第361页

更。<sup>[28]</sup>关于离婚之诉,请求原因事实由虐待变更为通奸时,旧理论认为诉讼标的发生变更,即发生诉的变更;而根据新理论的解释,上述仅发生攻击方法的变更,法院在做出判决时,其法律观点发生了变更而已,并不产生诉的变更问题。唯一的例外情形是,原告如在给付金钱或代替物的诉讼中,就同一金额的请求,由某一具体的原因事实变更为个别具体原因事实时,例如,将2005年1月的买卖价款20000元,变更为2005年4月的借款20000元,此时,新旧理论均认为这属于诉讼标的发生变更,即发生诉的变更。<sup>[29]</sup>

(三)替换性(交换性)变更与追加性变更。将原有的诉讼标的以另一新诉讼标的取而代之的情形称为替换性的变更,即以新请求代替旧请求,亦称为交换性的变更,属于典型的诉的变更形态。例如,将基于租赁合同的解除而请求交还某房屋之诉,变更为确认该房屋所有权存在之诉。在此情形下,原诉可认为系诉的撤回,如被告已对本案进行言词辩论的,应当征得其同意。如被告不同意时,原诉不能撤回,新诉即系诉的追加。追加性的变更是指,在原有诉讼标的上追加新诉讼标的,由法院一并进行审判的情况。也就是在维持原来请求的同时,又另外追加新的请求。在此情形下,诉的追加性变更属于诉的合并性质。<sup>[30]</sup>例如,在原先提出支付本金请求之后,又提出有关支付利息的请求;在请求返还有关资产之后,又提出支付有关孳息的请求。日本学者兼子一等认为,追加变更是请求的同时合并,在形态上又可分为简单的、选择性及预备性的追加变更。<sup>[31]</sup>

目前,在我国理论界,与诉的变更有关的专门法律术语定位不清。所谓诉讼请求在学术上本来就存在诸种不同的理解,有的认为诉讼请求指的是诉的声明,有的认为诉讼请求指的是诉讼标的,等等。这些理解有相当的差异,势必会对立法造成相当的影响。

按照我国学术界的一种解释,对诉的理解应当包括两个方面的内容,即程序意义上的诉和实体意义上的诉,而程序意义上的诉指的就是当事人的诉讼请求。构成一个诉所必须具备的、不可缺少的因素为诉的要素。诉的要素有两个:一是诉讼标的,二是诉讼理由。<sup>[32]</sup>如果从字面简单理解的话,就诉的基本构成要素而论,诉的变更应包括诉讼标的的变更和诉讼理由的变更两方面。在我国,诉讼请求通常被理解为原告通过法院向被告提出的实体上的权利要求,这种权利要求是由诉讼标的决定的。<sup>[33]</sup>而诉讼标的被理解为当事人之间所存在的那种需要法院通过裁判解决纷争所涉及的权利义务关系。实际上,从其他国家和地区的立法例以及学理上来看,尽管还有分歧,但是通常也都认可我国理论界所诠释的“诉讼理由”的变更应当包含诉的声明和请求原因事实两个方面,因为它们都有可能导致诉讼标的的变更。当然,也有一些国家的学理甚至立法例从狭义的角度来界定诉的变更,认为凡是不能导致诉讼标的的变更的情形就不能认为发生了诉的变更;而与之相对立的观点则认为,诉讼标的的变更并非是诉的变更的全部内容,其中诉讼标的的变更可能会涉及到案件的既判力或者当事人另行起诉的问题,而那些虽然并不直接导致诉讼标的的变更却亦应属于诉的变更的情形,则主要影响被告在防御上的调整以及诉讼的及时终结是否会受到不必要妨碍的问题。

根据上述分析,笔者认为,在对我国现行民事诉讼法进行修订时,应当将变更界定为诉的声明与请求原因事实的变更。应当注意的是,在有些情形下,诉的变更甚至会导致诉讼标的的变更,以至于从总体上动摇裁判的基础。可见,对于诉的变更的确定,会对诉讼程序乃至当事人的实体权利带来重大影响,因此,在立法上,对诉的变更所涉及的范畴应当予以适当规范。如果界定得过于宽

[28] 如日本学者兼子一的学术观点,参见前引[18],兼子一等书,第182页。

[29] 参见前引[2],陈荣宗等书,第362页。

[30] 同上书,第363页。

[31] 参见前引[18],兼子一等书,第183页。

[32] 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第54页以下。

[33] 参见梁书文、回沪明、杨荣新主编:《民事诉讼法及配套规定新释新解》,人民法院出版社1996年版,第352页;参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》修订本,北京大学出版社1992年版,第52页。

泛，将不利于保障诉讼程序的安定性与效益性；如果界定得过于狭窄，将不利于保障当事人充分地行使诉权，亦会有违设置民事诉讼这种公力救济途径的旨意。尽管在学理上诉的要素包括诉讼主体，但是，诉讼主体的变更具有特殊性，如将诉讼主体的变更与诉的变更相区别，有助于立法技术的简练、易行。

### 三、关于诉的变更之适用范围

日前，“增加诉讼请求”与“变更诉讼请求”两者之间到底存在何种关系，在我国立法及司法解释上并无明确的界定，而人们通常会按照表面理解将二者视为并行的关系。但是，问题并非如此简单，当我们适用诉的变更的基本原理时就会发现，二者之间既可表现为并行的关系，又可表现为相互包容的关系，因为，诉讼请求包括诉的声明与请求原因事实两方面的内容，那么增加诉讼请求就可能包括：

（一）诉的声明的增加。又可分为两种情形，一种是实质上的增加，例如，在原先的确认之诉后又增加了给付之诉，或者在原先的给付之诉后又增加了确认之诉，其程序效果是引入或者依据新的原因事实，使得被告对其原有的防御进行必要的调整，并且使审理的成本增加；另一种是形式上的增加，例如，人身损害赔偿请求由原来的 10000 元增加到 20000 元，这是一种简单的数量增加，再如，基于同一损害赔偿除了原有要求 5000 元的医疗费之外，因伤情恶化又追加 5000 元医疗费，同时又增加 2000 元误工费，这是一种原因与数量的同时增加。这种形式上的增加在程序效果上并不必然引入新的原因事实，特别是涉及简单数量的增加时，完全可能是因为原告预期发生变化或者计算上发生错误而引起的，主要是一种主观因素，而与客观上的原因事实无关。

（二）请求原因事实的增加。请求原因事实的增加很有可能成为诉的声明增加的直接原因。例如，在一人身损害赔偿案中，先是要求赔偿 5000 元医疗费，后因伤情恶化作为请求原因的增加，导致诉的声明的增加。再如，因被告合同违约，原告先是按照合同约定要求被告支付违约金，后因该合同未能全面履行而给第三人造成实际损害，形成使原告承担相应责任的原因事实，原告为此增加该原因事实而追加赔偿金。可见，诉的声明的增加与请求原因事实的增加两者之间具有直接的因果关系。在请求基础不变的情况下，就给付之诉或形成之诉而言，按照旧诉讼标的理论观点即认为发生诉讼标的的变更，导致发生诉的变更，而新诉讼标的理论则认为这不属于诉的变更，而只是增加了新的攻击手段，因此，并不造成诉讼标的的变更。

变更诉讼请求也可能包括：

（一）诉的声明的变更。主要体现为两种情形：一种是原告请求法院在权利保护形式上的变更。如原告由原先请求法院确认对某一特定物享有所有权，变更为请求判令对方给付该特定物。由于诉讼标的的只有始终与权利保护形式保持同一性才能作为法院审理与裁判的对象，使得在此情形下的诉讼标的也随之发生变更。在诉讼上，对某物请求确认其所有权应当具备相应的法律事实，而请求确认给付某物则需要具备另外的法律事实。由此而决定了为实现最终的目的，也可以通过两种诉讼来实现的方式，即在第一个诉讼中采用确认之诉，在第二个诉讼中采用给付之诉。可见，这种能够引起诉讼标的的变更的情形可能对立法政策及法官的裁量权造成实质性影响。另一种是诉的声明内容发生变更。如原告先是声明请求判令被告给付特定物，后又变更为请求判令被告给付一定金额的钱款。这种情形有可能是情势变更所引起的，具有不以人的意志为转移的客观因素。立法上通常对此情形会以具备情有可原的理由而不加限制。可见，对上述两种诉的声明的变更，无论是立法上抑或司法上都不可能适用同一标准和尺度来把握，更不能将这两种情形相互混淆。

（二）请求原因事实的变更。依据新诉讼标的理论的观点，除金钱或代替物的给付诉讼外，请求原因事实的变更，即实体法上法律关系的变更，并不影响诉讼标的的，故不引起诉的变更。而旧诉

讼标的理论则认为,即使在给付之诉或形成之诉中,如原告在请求原因事实上提出新发生的请求权或形成权,或形成原因的事实时,属于诉讼标的的变更,即诉的变更。新旧诉讼标的理论对请求原因事实的变更的理解存在较大差异,从而影响并决定了诉讼的方向与进程。

相较而言,旧诉讼标的理论从广义的角度来看待诉的变更问题,容易造成程序设置的连锁反应,而新诉讼标的理论则从狭义的角度来看待诉的变更问题,使程序的选择和考虑多元化,增加了程序设计和运行的弹性,使得相应形成的立法例在条文布局上更加具有层次性、合理性,有助于摆脱思维的单一性与片面性所造成的消极后果。笔者以为,我国现行立法及司法解释有关增加诉讼请求与变更诉讼请求的规定,与旧诉讼标的理论对诉的变更的观念具有很大关系。为此,为了便于研究起见,可将诉的增加作为广义上的诉的变更来理解。也可将我国现行立法及司法解释上的诉讼请求的增加作为广义上的诉讼请求变更来理解。

由于现行立法及司法解释对“增加诉讼请求”和“变更诉讼请求”的粗疏界定,导致我国实务界认为,增加诉讼请求,就是指在起诉、反诉诉讼请求的基础上再多加一些其它的诉讼请求。一是诉讼请求事项的增加。如原告起诉时要求法院判令被告归还借款本金,后又增加要求被告支付从借款时至本金还清时的利息。二是诉讼请求量的增加。如原告起诉时的诉讼请求是:停止侵害;消除影响,恢复名誉;赔偿其精神损害抚慰金5000元。后又将精神损害抚慰金提高到10000元。其中所提高的5000元,就是增加的诉讼请求,属量的增加。而变更诉讼请求,是指当事人将先前提出的诉讼请求更换为新的诉讼请求。也有两种情况:一是当事人要求相对方承担民事责任的方式的更换;二是当事人认为其主张的法律关系的性质或者民事行为的效力发生变化,需要变更诉讼请求。增加诉讼请求和变更诉讼请求的共同点是,二者都改变了先前提出的诉讼请求,二者的根本区别是前者是一种量的变化,后者属于质的变化。<sup>[34]</sup>可见,该观点将诉讼请求的增加仅分为“事项”和“量”上的增加,而诉讼请求的变更则分为“民事责任方式的更换”和基于“法律关系性质或民事行为效力发生变化”所产生的变更。笔者认为,这些划分仅停留在表面的形态上,按照诉的变更的基本原理,增加诉讼请求应当分为诉的声明增加与请求原因事实增加两种基本类型。而诉讼请求的变更应当细化为诉的声明变更和请求原因事实变更,诉的声明变更则应再细化为请求权利保护形式和内容的变更。前者能够引起诉讼标的的变更,而后者有可能是情势变更所导致的,因而在诉讼上可能适用不同的程序规则与规制标准。实务界主张的民事责任方式的更换既涉及诉的声明之变更,又涉及到请求原因事实之变更,二者之间产生程序法与实体法之因果关系的关联性效果。而所谓因法律关系性质或民事行为效力发生变化进而引起诉的变更,<sup>[35]</sup>从原理上讲,并不属于诉的变更,只是导致发生诉讼程序上的中间确认之诉的原因,应当准许原告一方利用本诉讼程序一并提起中间确认之诉,以便法院就此做出中间确认判决。

#### 四、关于诉的变更之适用要件

##### (一) 适用要件的原理解说

为防止自诉讼系属后发生诉的变更而使程序错乱并致诉讼迟延,根据有关立法例及学理上的观念,诉的变更应当符合如下要件:

1. 请求基础不能变更。这是日本学界在适用诉的变更时所提出的一种前提条件。所谓“请求基础”被认为是日本民事诉讼法上独有的概念,是指将请求还原后或扩张到根据请求原因构成为一

[34] 参见前引〔1〕,何建华文。

[35] 对诉的变更所产生的这种认识,主要是受到了最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条的影响,而该条规定因在实践中难以把握且存在难以克服的缺陷时常受到实务界的质疑。

定权利主张前的状态之后，作为其基础的实质性利益的纠纷。<sup>[36]</sup>按照当初德国法的观念，诉的变更之所以要以请求基础的同一性为要件，仅仅是考虑到维护被告的利益，防止标的的意外变更陡然增加被告实施防御的难度，而当取得被告同意或被告不持异议而进行应诉时，纵然请求基础发生变更，在程序上也应允许原告进行诉的变更。现在，这种旧的观念已经被新的认识所替代，认为所谓诉的变更是当诉讼系属之后，原告发现其原本提起的诉明显与案件事实不相符合，对其加以修正而被认可的一项制度。它是以请求基础的同一性作为要件而在特定的范围内对于原诉进行的修正。对此，只要属于在请求基础未发生变更的限度之内，无论被告是否同意都可以自由地进行诉的变更，反之，如超出这一限度，即使被告同意，也不允许进行诉的变更。在审理层面上则相应强调变更前的口头辩论能够原封不动地成为变更后的请求的口头辩论的基础，以体现诉讼进行的连续性。<sup>[37]</sup>例如，日本民事诉讼法第143条第1款规定，原告以不变更请求的基础为限，在口头辩论终结之前，可以变更请求或请求的原因。

2. 经被告同意而进行诉的变更或追加的情形。原告起诉后原则上不得再将原诉加以变更或追加，这主要是顾及到被告的程序利益。但从向法院起诉到被告实际接受诉状送达之间的时间差而论，在诉状送达被告之前，原告仍享有对诉进行变更或追加的权利，因为这并未实际侵害被告的程序利益。原告起诉是当事人行使诉权的体现，但是，原告在起诉时负有不得任意改变原诉的义务，因为，在起诉时于起诉状中所确认的诉因、诉求已作为原告的基本诉讼立场与相应的证据材料一并提交法院及向被告进行送达，以便被告形成防御、进行抗辩，使因原告之诉而开展的诉讼审判程序具有可预测性、安定性。否则，在诉状送达被告之后，如果仍然允许原告对诉任意进行变更或追加而不加以任何限制，不仅影响被告及时提出防御方法，还会延迟诉讼的进行。因此，程序的这种安定性不仅有助于被告进行有效的防御和富有针对性的抗辩，也有利于法院的审判建立在相对稳固的架构之上，对于审理程序进行必要的准备，并且在审理过程中及时掌握当事人的诉讼争点，从而能够在保证质量的前提下尽快做出裁判。

在诉讼中，一旦原告进行了诉的变更，在一定程度上就意味着原告放弃了原诉，或者至少使诉讼中所涉及的诉的要素发生了质的变化，如诉的声明以及作为原因事实的理由，而原告对诉进行变更从其所追求的程序利益来看，大都是基于某种趋利避害的考虑；从被告的角度来看，则都有可能损害其程序利益，最终产生对其不利的裁判后果，特别是当诉讼进行到一定阶段，被告已进行相当的防御或针锋相对的抗辩时，原告此际如进行诉的变更完全有可能是对被告抗辩和有效防御的一种规避，因此，有的立法例与学说赋予被告对此的否决权。如德国民事诉讼法第263条及我国台湾地区民事诉讼法第255条第1款之规定。

从诉讼程序实际发生的情形来看，假如被告以特定默示的方式，如在言词辩论中已经就原告的变更之诉进行了实质性的防御，如发表抗辩意见，便意味着其以实际行动参与了新诉而未对诉的变更提出异议，即使他并不承认发生了诉的变更也在所不论。对此，有的立法例做出了较为一致的规定。例如，德国民事诉讼法第267条规定，凡被告对诉的变更不表示异议而就变更后的诉进行言词辩论的，视为同意诉的变更。这种立法旨意产生了被告同意诉的变更之推定效果。

在原则上，当诉状送达后，被告有权拒绝原告进行诉的变更或追加。而只要取得了被告的同意，无论诉的变更如何发生，通常都应当被允许。从有关的立法例来看，被告的同意既可以采用明示的方式，如以言词或书面表示同意，也可以采用拟制的方式，即在言词辩论中，针对原告所提出的诉的变更或追加以进行抗辩或积极防御的方式予以应对，这被视为系一种默示的同意。当然，只有经被告的同意才能进行诉的变更或追加的原则也并非绝对的，立法上基于采取同一诉讼程序解

[36] 参见前引〔18〕，兼子一等书，第183页。

[37] 参见前引〔3〕，中村英郎书，第132页。

决相关的诉讼事项而节省程序资源的考虑,还会特别规定,虽然被告不同意,法院也可准许进行诉的变更或追加。也就是说,法院基于公法程序利益上的考虑,当认为被告以其狭隘的私利为藉口有可能造成程序的繁缛复杂时,便可依职权排除其单方的意愿。例如,我国台湾地区民事诉讼法第255条的有关规定。

3. 诉的变更不会对被告的防御造成相当的妨碍及对诉讼的终结造成显著的迟延。在诉讼中,是否允许诉的变更,既要照顾到诉讼利益在当事人之间的权衡,又必须符合诉讼经济与效率原则,如果无限度地对原告进行诉的变更表示宽容,除了会对被告权益造成不应有的侵害之外,还有可能违反诉讼效率原则,过于迟延的诉讼进程将损害审判的公正性。故此,许多立法例将不至于给诉讼程序造成显著迟延作为诉的变更的要件来加以限制,凡违反此要件的诉的变更,法院将不予准许。如原诉的审理即将终结时,原告又提出新的诉讼请求,则不得不使行将结束的诉讼基于诉的变更继续下去,法院重新调整及整理案件争点,当事人则另行部署攻击与防御,使诉讼程序的结束遥遥无期。对此情形,如由原告另行起诉也许更为妥当,在实务中,对具体情形如何定夺,则交由法院据情裁量。

由法院据情对原告进行诉讼变更予以批准的观念,是对传统诉的变更理论的一次重大超越和突破。其理论支点是,法院不能仅持保护被告程序防御的单向思维而置诉讼规律的内在性于不顾。诉讼活动是一种典型的公力救济方式,尽管它是由原告的诉讼行为启动的,但如果不从另一方面考虑其利益,则在相当程度上仍使当事人之间的争执停留在私力救济的简单层面之上,而对程序进行控制以及对权益之争的焦点在审判框架之内据情加以合理调整,则更利于节约诉讼成本,防止裁判之间的无畏冲突以及捍卫裁判的既判力。否则,在原诉与变更之诉之间无法调和,将使审判程序所追求的目的与当事人诉求的目的相互对立,在实质上损害审判程序的同一性。所谓由法院据情批准,是指法院的最终决定在当初看来是具有不确定性的,既可批准原告诉的变更,也可以不批准原告诉的变更,其标准主要是依据公权力必须考量的逻辑价值,即是否有助于诉讼来确定。对此,许多立法例有与此相关的规定。例如,日本民事诉讼法第143条第4款规定,当法院认为变更请求或请求的原因不当时,根据申请或依职权应做出不准变更的裁定。根据英国民事诉讼规则第17.2条第1款,法院拥有拒绝许可修改案件声明的权力。

当诉的变更被获准时,便不应再对原诉进行裁判。需裁判的仅为已有效更换的新诉,而已被取消的请求不再属于裁判内容。但就有关费用而言,已取消的旧请求所引起的额外费用应由原告承担,因为被告并未就此败诉,因此,也就不能由他来承担该笔费用。<sup>[38]</sup>

4. 诉的变更所涉及的新请求不应属于其他法院的专属管辖。专属管辖规定是立法者基于公益上的考虑所设置的,即便被告同意也不得任意变更。例如,根据我国台湾地区民事诉讼法第257条规定,诉的变更或追加,如新诉专属其他法院管辖的,应予以禁止。反之,变更或追加的新诉,如并非专属其他法院管辖的,不论受诉法院对新诉有无管辖权均得予以审判。

5. 诉的变更不能违反适用诉讼程序的同一性。基于公益上的考虑,立法者通常会规定某类诉讼不得与其他类别的诉讼适用同一诉讼程序。普通程序与简易程序同属一般程序范畴,在适用普通程序审理案件时,原告变更或追加本应适用简易程序的新诉,原诉及新诉均应适用普通程序审理;在简易程序中,当原告变更或追加应适用普通程序的新诉时,除经当事人达成合意外,不得适用简易程序。在原则上,新旧二诉必须能够适用于同一种类的诉讼程序才具有合法性。例如,我国台湾地区民事诉讼法第257条规定,诉的变更或追加,凡不能适用于同一种类诉讼程序的,不得为之。但是,作为一种例外,台湾地区原民事诉讼法第435条规定,在简易程序当中追加应当依照通常诉讼程序的新诉,或在通常诉讼程序中追加依简易程序的新诉,而两诉的诉讼标的均系应当依

[38] 参见前引〔22〕, 克罗林皮书, 第180页。

照金额价款确定其适用通常诉讼程序或简易程序的,可进行诉的变更或追加。另外,在人事诉讼程序中,特别规定例外准许追加的诉讼也不受限制。<sup>[39]</sup>

## (二) 实务上出现的问题及立法建议

我国现行立法未对诉的变更所适用的要件加以明确规定,使得实务界在遇到有关情形时既无从获得判定的根据,又缺乏适用的标准,而显得无所适从。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)第35条第1款规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实做出的认定不一致的,不受本规定第34条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”自该司法解释颁行以来,该条款的规定给理论界与实务界带来了相当的混乱与困惑,以至于使人们误认为,法院在一定情形下负有决定当事人是否对诉加以变更的职责,倘若当事人不响应法院对案件事实的判定与告知,可能会受到不利的裁判后果。即法官应当将影响认定事实和法律关系的相关法律法规向当事人阐明,在充分体现该规定的优越性的前提下,通知当事人变更诉讼请求,因为实现公正永远是审判工作追求的终极目标。如人身损害赔偿案件中,当事人起诉既要求死亡赔偿金,又要求精神损害抚慰金,而现行法律规定这两种诉求属竞合之诉,当事人不变更诉讼请求,只能支持其中一项。因此,在这种情况下,告诉当事人变更诉讼请求是十分必要的。<sup>[40]</sup>

笔者认为,该条款的规定似有本末倒置之嫌。首先,当事人的诉讼请求是其根据切身利益以及对案件事实的理解与认识所提出的,是诉权的本质反映。而法院通过职权做出对案件事实的认定必然涉及到对当事人诉讼请求的考量与认识,如果依职权直接干预当事人诉权的行使,必然影响法院的中立地位,使审判权的运用不恰当地介入当事人的利害纷争,从而在法理上难以划清当事人的诉权与法院的审判权之间相对制衡的界限。实际上,要求当事人在诉讼中提出的主张要与法院经审理后的“认定”一致在客观上是不可能的,也是不科学的。也就是说,当事人的诉讼主张不是法官“认定”的依据,那么如果法院“认定”的结果将使原告受到比起诉前更大的不利,故要求原告变更诉讼请求而原告不同意按此变更时,法院是驳回当事人的诉讼请求,还是根据案件的实际性质进行判决?<sup>[41]</sup>其次,诉讼请求的变更,除了会对当事人的事实主张造成实质变化以外,必然还会对当事人的证明责任带来重大影响。如当事人主张的彼此的法律关系究竟是一种合同法律关系,还是一种侵权法律关系,抑或是两种法律关系的竞合,属于双方当事人根据各自的利害关系通过证据材料加以证明的范畴。再如,当事人主张的民事行为的效力,如合同本身的有效、无效以及合同内容是否变更等,也属于当事人之间塑造案件事实过程的一种程序性的对抗,对抗的结果取决于何方当事人在证据材料上具有优势。而法院只能根据这种证明上的优势来对当事人之间的争执做出判定。换言之,当事人对案件事实的主张是否在诉讼证明上产生显著优势或者何方当事人对案件事实的真伪不明负有结果责任,是决定其诉讼请求能否成立的决定性因素,法院只能根据这些情形来对特定案件法律关系的性质或者民事行为的效力做出认定,作为审理与裁判的基础,而不应涉及告知当事人对其诉讼请求加以变更的问题。为此,在实务界,有许多法官认为,上述有关在特定情形下法院应当告知当事人可以变更诉讼请求的规定,在审理案件中难以把握。<sup>[42]</sup>再次,我国现行审判程序实行二审终审制,第一审和第二审均涉及事实审问题,二审法院有权对一审法院在事实认定上予以

[39] 参见前引[2],陈荣宗等书,第363页

[40] 参见路坦:《关于逾期申请增加、变更诉讼请求的时限处理》,http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=125428,2005-10-7

[41] 参见刘冰泉:《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉实施以来存在的问题及其解决办法》,http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=55117,2005-9-9

[42] 参见范术平、杜庆花:《简易程序转普通程序问题研究》,http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=134480,2005-10-12

直接改判或者发回重审,因此,当上诉审法院与一审法院在就当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力上出现不同认识与判定时,如当事人的上诉请求遭到二审法院驳回或者遇有其他不利裁判后果时,当事人会将其归咎于听从了一级法院的认定。另外,当二审法院决定对一审法院认定的事实直接改判而不予发回重审的情形下,将会导致侵害有关当事人审级利益的后果。对此,实务界也颇有微词,认为人民法院对案件的认定只能通过判决、裁定或者决定,而根据《民诉证据规定》第35条,法院认为当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与其的认定不一致时,应当在判决前将自己的认定告知当事人。那么这一告知应采取什么形式,当事人对此不服是否可以上诉?一审的告知结论是否正确?如果当事人听从法院告知而变更诉讼请求,而该告知结论最终是错误的,造成的损失由谁承担?在《民诉证据规定》中对此都没有反映,显然有很大的缺陷。<sup>[43]</sup>还有的法官提出类似的疑问,如法院的“认定”与当事人的“主张”不一致时,法官应以什么方式告知当事人?是告知单方还是双方?告知时是否要说明法院认定的理由、有关的事实证据和法律依据?<sup>[44]</sup>

实际上,最高人民法院《民诉证据规定》第35条第1款有关法律关系的性质或者民事行为的效力的规定涉及到当事人请求的诉讼原因,也就是当事人请求法院作为审理的对象,最终将有可能被作为裁判基础的法律事实。关于因当事人请求的诉讼原因所发生的争执与法院作为审理对象之间的关系处理,有关的立法例呈现出以下模式:其一,德国法模式,对于当事人请求的原因存有争执时,法院可以先就原因进行裁判。对这种判决允许上诉,并视为终局判决。<sup>[45]</sup>这种模式可称为直接裁判式,因为在此,诉的原因的变更被视为诉的变更来对待。<sup>[46]</sup>如德国民事诉讼法第263条规定,在诉讼系属发生后,当被告同意或法院认为有助于诉讼时,准许进行诉的变更。凡当事人对诉讼原因发生争执时,可以先由法院对其原因进行裁判。其二,日本法模式,在诉讼过程中遇有需要就当事人对法律关系成立与否的争议做出裁判时,当事人可以扩张请求做出确认该法律关系的判决。<sup>[47]</sup>如日本民事诉讼法第143条规定,原告以不变更请求的基础为限,在口头辩论终结之前,可以变更请求的原因,但由此而使诉讼程序显著拖延的除外(第1款)。法院认为变更请求的原因不当时,根据申请或依职权,应做出不准变更的裁定(第4款)。这种模式可称为据情限制与裁判式。其三,我国台湾地区法模式,当事人之间就请求的原因发生争执而法院认为其原因为正当时,法院可就此做出中间判决。根据我国台湾地区民事诉讼法第255条第6项规定,在诉讼进行中,当对于某法律关系的成立与否存在争执,而其裁判应以该法律关系为依据进行判决时,此种情形不属于立法上对诉的变更应当加以禁止或限制的范围。这种模式可称为例外情形与判决确认式。其四,美国法模式,为了符合正义的需要,应不受限制地随时允许当事人对其诉答书状进行修改。<sup>[48]</sup>并且为了与证据相一致,可以根据当事人的申请,在任何时间,甚至在判决之后对诉答书状进行修改。<sup>[49]</sup>美国法模式可被视为一种实用主义的典型模式。

根据我国现实的国情,笔者认为,对我国现行民事诉讼法的修改可借鉴日本法模式和我国台湾地区法模式中的一些有益做法,即采用中间判决的法定模式解决一审法院与二审法院在对有关个案法律关系的性质或民事行为有效性上所出现的不同认识,以避免法院采用职权主义方式干预当事人所进行的诉的变更。

[43] 参见前引[1],何建华文。

[44] 参见前引[41],刘冰泉文。

[45] 见德国民事诉讼法第304条。

[46] 德国民事诉讼法第264条将凡不变更诉的原因的情形视为不发生诉的变更之情形。

[47] 见日本民事诉讼法第145条第1款。

[48] 见美国联邦民事诉讼规则第15条第1款。

[49] 见美国联邦民事诉讼规则第15条第2款。

## 五、关于诉的变更之例外

在诉讼上所发生的某些变更不应视为诉的变更，即是说，这是诉的变更，但是不受其合法性要件的限制，<sup>[50]</sup>因为这些变更不需要特殊前提要件，尽管发生了诉的变更也属合法，因此属于当然得允许的情形。<sup>[51]</sup>主要涉及以下情况：

(一) 不变更诉讼标的，而仅对事实上或法律上的陈述进行补充或更正的。诉讼标的是原告作为请求法院加以裁判的对象所主张的法律关系或权利，在确认之诉中，可从诉的声明中获知，在给付之诉或形成之诉中必须同时参照诉的声明与请求原因事实才能加以特定识别。原告如果就并不影响诉讼标的的请求原因进行事实上或法律上的补充或更正，并没有变更诉的理由，也不涉及变更诉讼标的。<sup>[52]</sup>例如，将其合同订立的时间、地点作为补充或更正的陈述便属于事实上的陈述。其中，作为补充事实上的陈述，如原告当初称借给被告 3000 元，之后称该款是分 3 次借出的；作为更正事实上的陈述，如原告当初称是采用现金给付的方式借给被告 5000 元，后来又称是采用转帐支票方式借给被告 5000 元。而将确认所有权的原因最初称为系买卖所得，后又补充为同时也因继承关系而取得，这便是法律上的补充或更正陈述。其中，作为补充法律上的陈述，如原告当初称因被告拒不交纳租金而请求返还房屋，但被告则称房屋并非原告所有，故无权向其要求返还，对此，原告便称事后为其所购而享有所有权，故有权请求其返还；作为更正法律上的陈述，如原、被告约定如被告欠租金达 3 个月的，原告有权单方解除房屋租赁合同。诉讼上，原告当初称被告欠租金已达 9 个月，之后又称被告欠租金的时间为 6 个月。原告的这种陈述，在内容上具有补充性和更正性，并不变更诉讼标的，故并无禁止或限制原告做出此类陈述的必要。

(二) 诉的申请的扩张或限制。对此在大陆法系有不同的见解。例如，将诉的声明中记载事项的请求金额由 35 万元增加至 75 万元，或者将 80 万元减少至 40 万元。对此情形，许多日本学者认为这也属于诉的变更，而德国法则有相反的见解，因为德国立法例对请求金额的增减不予禁止，因此并不将请求的扩张或减缩作为诉的变更来对待，而认为这是合法的诉的变更则更为恰当。<sup>[53]</sup>受德国法的影响，也有一些日本学者将请求的缩减视为诉的部分撤销或部分请求的放弃。<sup>[54]</sup>而针对我国台湾地区民事诉讼法第 255 条第 3 项所规定的“扩张或减缩应受判决事项之声明”属于法律上应当予以准许的诉的变更及追加，我国台湾学者吴明轩先生解释称，所谓扩张或减缩应受判决事项的声明，是指声明的扩张或减缩，在形式上虽有诉的变更或追加的外观，但在实质上，其扩张或减缩均在作为诉讼标的的法律关系范围以内，仅在该范围内伸缩而已。故并不影响被告的防御及诉讼的终结，应当允许原告在起诉后任意进行诉的变更及追加。<sup>[55]</sup>并且，根据台湾地区民事诉讼法的规定，在第二审程序中也应当予以准许（第 446 条但书）；在第三审程序中，原告虽不得扩张应受判决事项的声明，但法律仍对减缩声明不加限制（第 473 条第 1 款）。

诉的声明系使某一诉讼标的特定化的要素之一，因诉的声明具有扩张性或减缩性，其发生变更就会在原则上导致诉讼标的发生变更，从而产生诉的变更。在实务上，诉的声明的变更情形各异。例如，在有数个诉讼标的的诉讼中，将其中若干个诉的声明进行变更，如将同时请求给付合同价款及返还租赁物减缩为仅声明给付合同价款；又如，在属单一诉讼标的的诉讼中，请求数量的扩张或

[50] 参见前引 [22]，克罗林庚书，第 175 页。

[51] 如德国民事诉讼法第 264 条的规定，我国台湾地区民事诉讼法第 256 条的规定。

[52] 参见前引 [21]，尧厄尼希书，第 224 页。

[53] 同上书，第 224 页。

[54] 参见前引 [3]，中村英郎书，第 129 页。

[55] 参见前引 [8]，吴明轩书，第 173 页。

减缩,如请求给付六部电脑后又要求移交两间房屋,也可进行实质上的扩张或减缩,如将交付某套房屋的给付声明,变更为确认对该套房屋享有租赁权的声明。

(三) 因情势变更而请求其他诉讼标的或利益代替原来所请求的诉讼标的。这里所说的情势变更是在原告起诉之后因客观上的情形变化所致,如果不以其他声明替代当初所提出的声明则不能够实现诉讼目的。例如,诉讼外第三人早先提出执行异议之诉,后因执行程序终结,不得不将原请求排除强制执行变更为请求损害赔偿。而德国从前的判例对此将许可扩展到“原告不知道以前发生的变更而无过错”的情形。对此,原告有关诉的声明及诉讼标的虽然都发生了相应的变更,也应当予以准许。否则即使原告所诉最终获得胜诉,该诉讼结果对于所涉权益纠纷的终结也无实质性的效果,而造成诉讼上的浪费。因此,为了使诉讼的进行富有成效,应当允许原告在此情形下以其他声明代替最初的声明。例如,原告起先请求对方交付特定物,而该物恰好又属法律禁止交易或流通的物品时,原告不能够主张要求对该物的给付,只能变更为金钱的支付。又如,原告起诉请求被告交付借用的一幅名人字画,但在诉讼过程中该幅字画因火灾灭失,不可能再实际给付,为此,原告必须更改最初的声明,请求改判被告承担损害赔偿赔偿责任。否则其所诉会因无适当理由而被驳回,使原告因无法依据最初请求或声明来确定判决而获得执行名义。

(四) 在诉讼中有必要对当事人之间就某法律关系成立与否存在争议予以先决的情形。当诉讼所作裁判应以某种法律关系为前提,而对该法律关系的存在与否在本诉讼当事人之间存在争议时,由于这种法律关系的存在与否确实对于本诉讼的裁判带来实质性的影响,法律为了避免裁判上的失误以及节省诉讼成本的考虑,允许原告一方利用本诉讼程序一并提起确认该种法律关系存否之诉,借以对有必要先行确定的问题做出判决。此诉被称之为中间确认之诉,而与该诉有关的判决被称之为中间确认判决。例如,原告基于所有权请求法院判令被告返还非法占用的某一机械设备,而被告主张双方在该机械设备上设定有租赁关系,对此,原告应当一并请求确认被告主张的租赁关系并不存在。该先决事项涉及的法律关系属于本诉讼在其判决理由当中必须澄清和判断的事项,要求原告另行起诉不如利用中间确认之诉一并解决更为简便、经济。又如,原告请求返还房屋,被告以该房屋非原告所有而进行抗辩,由于该房屋是否归原告所有对于其可否请求返还房屋确有影响,原告自应追加请求确认之诉,以便在法院对给付之诉做出判决之前,先就确认之诉做出中间裁判。有关当事人本应提起中间确认之诉而不提起时,则会产生相应的法律后果。例如,原告以继承人的身份请求分割遗产或以代理人的身份主张代理费用,当被告否认原告享有遗产继承权或享有代理权时,如不先行对此问题加以解决,必将直接损害原告对其权利主张的基础,因此,应当由原告主动追加请求确认之诉,以与此相关的法律关系存在的状况构成中间确认之诉的诉讼标的。否则即使法院在判决理由当中做出判断,该判决理由本身亦不产生既判力。同样,由于法院的判断是建立在本案的事实与相关证据基础之上的,因此,被告也相应承担实际的判断风险,即判断的结果也有可能对被告不利,并且,因为被告对于这种法律关系的存在与否持有异议,从程序上,他也可能会以反诉形式提起确认之诉。最终,如双方均未提起确认之诉,只能凭借法院在判决理由当中所做出的判断来解决当事人之间在此问题上的争执。

大陆法系的立法例一般是规定,在诉讼过程中一旦就诉的变更在当事人之间发生争执,应由法院据此做出中间判决,或在终局判决的理由中做出必要说明。主要存在如下几种做法:

其一,在德国民事诉讼上,原告与被告因对诉的变更而引起的合法性问题的争议属于中间争执,通常情况下,在终局判决的理由中形式上宣告对新诉的许可并说明理由,而在例外的情况下也可以中间判决的形式做出许可。对上述两种情形所做出的裁判均不得声明不服。<sup>[56]</sup>

其二,日本法通过中间确认之诉来扩张当事人的诉讼请求。根据日本民事诉讼法第145条第2

[56] 参见前引[21], 尧厄尼希书, 第226页

款规定，在诉讼进行中，对法律关系成立与否的争执需要做出裁判时，当事人可以扩张请求做出确认该法律关系的判决。但该项确认请求属于法院专属管辖时，不在此限。

其三，在我国台湾地区民事诉讼上，如当事人就诉有无变更、追加或就应否准许诉的变更或追加发生争议时，则属于中间争点的争执。对此，法院如认为诉无变更、追加或者其变更、追加应予准许时，应当以中间判决来加以宣示。当诉讼上的中间争点已达到可做出裁判的程度时，法院应当先行做出裁定（台湾地区民事诉讼法第 383 条）。凡先行做出中间判决裁定的，再就变更之新诉或追加之诉与原有之诉进行辩论，凡做出不予中间判决裁定的，可在先行辩论后，在终局判决的理由中记载法律上的意见以便于说明（台湾地区民事诉讼法第 226 条）。

日本法是以追加选定人的请求的方式来增加当事人的诉讼请求。根据日本民事诉讼法的规定，与诉讼系属中的原告或被告有共同的利益但不是当事人的人，可以将该诉讼的原告或被告选定为自己的原告或被告。在选定应作为原告的人的情况下，该人在口头辩论终结之前，可以作为选定人而追加请求（第 144 条第 1 款）；在选定应作为被告的人的情况下，原告在口头辩论终结之前，可以追加该选定人有关的请求（第 143 条第 2 款）。

由于我国在学理上对于诉的变更这一现象及规律的认识尚处于初始阶段，因此，现行立法及司法解释上出现了一些混乱。例如，实务界对增加和变更诉讼请求的外延存在认识上的分歧。认为狭义的诉讼请求增加与变更，是指一方当事人要求对方当事人承担民事责任的形式的增加与变更，是新的诉讼请求的增加与不同内容诉讼请求间的替换；而广义的诉讼请求增加与变更，则除以上情形外，还包括诉讼请求个数或请求额的增减，如借款合同纠纷中对利息只计算至起诉之日，而在诉讼中主张计算到判决之日等。审判实践中，不少当事人甚至法官，均把诉讼请求个数和额度的增减视为诉讼请求的增加与变更。而由于有些增加和变更与诉讼进程存在时间上的关联性，诉讼请求得以确定的保障条件只能取决于法庭调查所确认的案件事实。<sup>[57]</sup> 还有人称，增加的诉讼请求，必须与先前提出的诉讼请求有联系，并且只能是事项的增加，而不能是单独的数量增加，如原告今天要求被告赔偿 10000 元，明天增加为 100000 元，这就形同儿戏，会有损司法的权威性，所以司法实践中尽管允许当事人计算错误的存在，但这只属于数额的更正，不能认为是诉讼请求的增加。<sup>[58]</sup> 针对实务界这些模糊认识，笔者认为，有必要将并不改变诉讼标的以及并不影响被告的防御或诉讼的终结、并不为受当事人的意志所能控制等情形作为诉的变更的例外在立法上加以明确规定，以便使诉的变更原则与制度在实践当中更加具有可操作性，化解实务界对与诉的变更有关的法律原则与原理的误读。

笔者认为，应当正确地看待和认识诉的变更这一诉讼过程中所发生的现象，不应当根据一些表象和个别情形来片面地应对诉的变更可能对相对一方当事人以及审判的进行所产生的影响。诉的变更主要包括诉的声明与请求事实原因的增加或变更。随着诉讼的进行，现实生活当中与争议有关的情形可能会发生新的变化，诉讼过程中当事人之间围绕事实争点与法律争点的对抗会发现和查明新的请求理由、事实原因或者证据材料，并且它们之间也会发生互动关系，导致原告就其诉讼的声明进行变更或增加，以便更有利于主张其权益。同样，对请求事实原因的变更或增加也是为了从实体法角度证明其诉讼主张的凭信度。被告在反诉当中进行诉的变更亦然。从技术上而论，诉讼是由原告启动的，“无原告则无法官”，原告的诉讼是发动程序的前提条件，并且，在被告并无反诉的情况下，原告的诉求还是牵引诉讼方向与进程的驱动器，被告的答辩仅具有被动性与防御性，不能必然地形成推进诉讼进程的主导力量。原告在此过程中对其诉求因势利导而产生的结果便是诉的变

[57] 参见何云：《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉适用过程中的问题与建议》，<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=82801>，2005-9-27。

[58] 参见前引 [1]，何建华文。

更,其原创力来源于原告的诉权。从预期的后果来看,原告在诉讼过程中所提出的诉的变更请求,有可能对被告的防御以及诉讼的及时终结带来消极影响,即使原告对原诉请求所进行的调整有时非因主观愿望,而受制于客观因素,但其主观因素也具有一定的能动性。鉴于此,如何妥当地维护原告基于诉的变更获得的正当利益,而又不致损害程序的公益性,成为这一制度本身的核心内容。

笔者认为,对以下虽与诉的变更有关,但按照法理或具体发生原因不应受诉的变更的合法性要件限制的情形,应当在修订现行民事诉讼法时加以补充规定:

- (一) 凡不涉及诉讼标的变更,而仅对事实上或法律上的陈述进行补充或更正的情形;
- (二) 仅涉及对诉讼上的请求扩张与减缩的情形;
- (三) 因情势变更而不得不改变原先所请求诉讼标的或利益的情形;
- (四) 有必要对当事人之间就诉讼涉及的法律关系成立与否存在争议予以先决的情形。

---

**Abstract:** In civil litigation, the alteration of a claim decides the effective limitations of participants' action and directs the tendency of a litigation. In some cases, the related alteration may even result in the change of the object of action, shaking the basis of an judgment. Thus, the certainty of the alteration of a claim will bring up essential influences over proceedings as well as participants' substantive rights. We should demarcation the limitations of the alteration of a claim properly in legislation. If it is too enlarged, it will be unfit to guarantee the safety and efficiency of the proceedings, whereas if it is too narrowed, it will be unfit to guarantee participants to enjoy their litigious rights. When amending present Civil Procedure Law, we should prescribe that the alteration of a claim includes the alteration of parties' statements and the causal facts of petition.

**Key Word:** alteration of a claim, legislative drawbacks

---