

论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调

赵秀举*

目次	
引言	(一) 诉讼标的理论的本质
一、请求权竞合理论的本质	(二) 对《民法解释》第 247 条第 1 款的评价
二、诉讼标的理论的功能	(三) 请求权竞合情形下的诉讼解决方案
(一) 德国诉讼标的理论的历史演变	结语
(二) 我国诉讼标的传统理论	
(三) 我国对诉讼标的理论存在的误解	
三、对诉讼标的理论本质的再认识	

摘要 在请求权发生竞合的情形,我国《合同法》第 122 条以及《民法总则》第 186 条提供了解决方案,即通过赋予当事人选择权,避免发生“重复赔偿”。但这仅是一种“此时此地”的解决方案,若从诉讼法的立场出发,“选择”即意味着当事人可以分别起诉,由此可能使得避免“重复赔偿”的目的无法实现。为此,请求权竞合必须借助禁止重复起诉的诉讼制度。为此,有必要协调请求权竞合、禁止重复起诉以及诉讼标的的三者的功能。

关键词 请求权竞合 责任竞合 重复起诉 诉讼标的

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2018.01.003

引言

迄今为止,我国尚未构建具有普遍实践价值的诉讼标的理论,诉讼标的及与此相关的既判力成为困扰我国民事诉讼法学界以及民事司法实践的最为严重的两个理论问题。^{〔1〕}时至今日,在

* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

〔1〕 学界甚至用“内卷化”(吴英姿:《诉讼标的理论“内卷化”批判》,载《中国法学》2011年第2期,第177页以下)、“明希豪森三重困境”(张榕、达理纳嘉:《民事既判力客观范围理论研究之反思——以明希豪森三重困境为分析工具》,载《法律科学》2012年第5期,第95页以下)等语言来描述这一混乱的局面。

诉讼标的这个问题上,法学理论、司法实践以及国家立法依然严重割裂,各行其是。理论界对两大法系有关诉讼标的的既有学说、司法实践及其历史演变介绍做出了贡献,^[2]立法者却始终拒绝在立法层面对此问题予以直接规范,因此法院面对这一无法回避的实践问题只能选择退守,逃逸至诉的“窠臼”中。最高人民法院《民事诉讼法解释》第247条在总结司法实践经验的基础上首次对“重复起诉”的标准做出界定,但该条规范与其说对诉讼标的做出了界定,毋宁说是在重复诉之要素。

在此背景下,实体法学者所构建的请求权竞合理论,必然要面对诉讼实践的挑战。立法者借助于《合同法》第122条以及《民法总则》第186条^[3]所构建的请求权竞合的解决方案,意在避免实体上发生“重复赔偿”,要实现该立法目的则需借助禁止重复起诉的原则。但在司法实践中,若按《民事诉讼法解释》第247条确定的重复起诉审查标准,实体法构建的请求权竞合的解决路径则完全不堪一击。一方面,《民法总则》第186条立法目的之实现需要封闭的环境,而现实的诉讼则要增加时间和空间的维度,判断重复起诉时需要考虑诉讼发生在不同的时间和不同的法院。《民法总则》第186条规定了当事人的选择权,而选择的结果根据《民事诉讼法解释》第247条则意味着可能发生两个完全独立的诉讼:违约之诉和侵权之诉。^[4]另一方面,若不借助于禁止重复起诉原则,则《民法总则》第186条无任何实践价值。也即《民事诉讼法解释》第247条与《民法总则》第186条之间存在直接冲突。此外,在《民事诉讼法解释》第247条中,又发生了重复起诉标准与诉讼标的概念之间的冲突,也即最终出现了请求权竞合、重复起诉和诉讼标的三者之间的冲突。

有鉴于此,本文将结合请求权竞合及其相关理论,对民事诉讼中诉讼标的理论的价值,我国的司法实践以及相关司法解释进行梳理和阐述,希望借此厘清民事诉讼上的一些基本概念和基本制度,期待后续的立法者尤其是最高法院能在同一语境下构建相应的解决方案。

一、请求权竞合理论的本质

请求权^[5]竞合是一个描述性的概念,是对民事实体法适用中特定现实问题做出的描述、阐释。当某项生活事实同时构成若干项请求权规范的构成要件时,便会出现形式上复数的请求权。在这种情形下,首先列入考虑范围的是,债权人是否可以独立主张每一项请求权,即债权人是否能够获得多项请求权积累(Anspruchskumulation)的效果,还是仅能就一项请求权获得给付。在前者的情形下,各请求权得以独立并行存在,相互并无妨碍,无需继续审查其间的关系(即请求权聚

[2] 有关诉讼标的理论的早期文献例如张卫平:《诉讼标的理论的变更与发展》,载《外国法学研究》1989年第2期;江伟、韩英波:《论诉讼标的》,载《法学家》1997年第2期,第3页以下;江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第63页以下;张卫平:《论诉讼标的及其识别标准》,载《法学研究》1997年第4期。有关美国诉讼标的的文献参见段文波:《美国民事诉讼标的的内涵的变迁——以诉讼方式的发展为主线》,载《学海》2009年第2期,第147页以下。

[3] 与《合同法》第122条相比,《民法总则》第186条并无实质性变化。陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1329页。

[4] 选择是解决方案,但也恰恰因选择而产生了问题,参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》(下),人民法院出版社2017年版,第1229页。

[5] 请求权是 Windscheid 于 1856 年在其著作《罗马民事诉讼中的诉》中引入德国法学界的,并被规定在《德国民法典》第 194 条第 1 款中。有关罗马上的诉(actio)的详细文献例如参见马丁:《罗马法上的“诉”:构造、意义与演变》,载《中外法学》2013 年第 3 期,第 556~570 页。

合)。在后者的情形下,则需要进一步考虑,本质上存在多项请求权,还是仅存在唯一的一项请求权。前者即为请求权竞合(Anspruchskonkurrenz),后者即为所谓的请求权规范竞合。^{〔6〕} 因为有部分观点主张此时是建立在多种请求权基础上的单一的请求权,因此应当将其称为请求权规范竞合/请求权基础竞合(Anspruchsnormenkonkurrenz/Anspruchsgrundlagenkonkurrenz)。^{〔7〕} 鉴于在不同的请求规范的基础上将产生不同的民事实体法律关系,因此此时竞合的乃是民事实体法律关系,而非请求权。

由此可见,当基于相同的生活事实而产生的请求权在形式上为复数时,对于各请求权之间关系的不同解释,是产生请求权聚合、请求权竞合乃至请求权规范竞合等不同学说的根本原因。^{〔8〕} 在承认基于相同生活事实产生的请求权可以并存的前提下,从请求权的目的出发,王泽鉴教授对请求权竞合做出了直接、清晰的界定,认为所谓请求权竞合,是指以同一给付目的的数个请求权并存,当事人得择一而行使,其中一个请求权因目的达到而消灭时,其他请求权亦因目的达到而消灭;反之,就一个请求权因目的达到以外之原因而消灭(如罹于时效)时,则仍得行使其他请求权。^{〔9〕}

与德国的上述理论从债权人的视角出发不同,我国理论界在解决相关问题时选择的是债务人的视角。这或许与我国民法的立法模式相关,不论是《民法通则》(第六章)还是《民法总则》(第八章)均由单独一章对民事责任加以规定,《侵权责任法》第15条亦采用单独条款形式对侵权责任的责任方式做出列举式规定。反观《德国民法典》,其中并不存在类似的条款或章节。因此在我国,相关的问题通常被称为责任竞合,是指由于某种法律事实的出现而导致两种以上的责任产生,这些责任彼此之间是相互冲突的。^{〔10〕} 也有学者认为(请求权)规范竞合的存在是造成责任竞合的直接原因,并进而将责任竞合视为与请求权竞合、诉因竞合、案由竞合等同,在侵权责任与违约责任竞合的情形下,均指受害方既可提起违约之诉,要求对方承担合同责任,也可提起侵权之诉,要求对方承担侵权责任,即赋予权利人以选择权。但该观点同时否定责任竞合等同于诉讼请求竞合。^{〔11〕} 《合同法》第122条便是遵循此种理念,允许受害人选择违约责任或侵权责任,维护自己受到侵害的人身、财产权益。《合同法解释(一)》第30条进一步规定了当事人在起诉时做出选择后,在一审开庭前尚有权变更诉讼请求。

从逻辑上看,《合同法》第122条的规定完全体现了请求权竞合的精神,对相关问题做出了合理的规制。在发生请求权竞合的情形下,当事人应当在竞合的请求权之间做出选择,仅应当就其中的一项请求权获得给付。《合同法解释(一)》第30条仅是进一步明确了当事人在诉讼中行使选择权的具体期限,并未改变《合同法》第122条设定的框架。这样的状况被《民法总则》第186条所

〔6〕 梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第69页,边码76。

〔7〕 对于请求权规范竞合的观点的支持者以及批评者的详细文献参见[德]拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第354~355页,边码268,脚注79。

〔8〕 对于各理论学说的演变及其评价的文献例如可以参见周清林:《理性的困惑:请求权竞合理论解构——兼评我国〈合同法〉第122条》,载《现代法学》2003年第1期,第40页以下。

〔9〕 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131页以下,其中对于各种请求权竞合形态的阐述参见第131~134页。

〔10〕 王利明等:《合同法》,中国人民大学出版社2009年第三版,第254页。王利明:《民法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第312页;最高人民法院经济审判庭编著:《合同法解释与适用》,新华出版社1999年版,第503页。

〔11〕 庞景玉、何志:《最高人民法院合同法司法解释精释精解》,中国法制出版社2016年版,第503页。

承继。但是这一理论却无法承受我国诉讼实践的检验。

二、诉讼标的理论的功能

(一) 德国诉讼标的理论的历史演变

与请求权竞合不同,诉讼标的虽起源于描述性概念,但在其后一个多世纪的历史演变中,则被赋予了外延广泛的功能。正因如此,诉讼标的这一概念很容易引人误解。^[12] 如果将诉讼标的简单地定义为是民事诉讼中法官裁判的客体,则不论当事人之间存在何种争议,甚至当事人之间根本不存在争议时,民事诉讼总是存在裁判的对象。法官在裁判时需要认定事实,适用法律并对当事人的诉讼请求给予非黑即白的回答。此时,若从描述的角度出发,无论将案件事实、法律关系以及诉讼请求这三个要素中的一个或多个界定为诉讼标的,均无关紧要。简而言之,作为描述性概念,诉讼标的存在的价值十分有限,且完全可以被其他更为朴素、直观的概念所取代。德国民事诉讼法(cpo)最初的立法者即直接描述性地将诉讼标的界定为请求权(Anspruch),在德国民事诉讼法条文中直接地多次使用请求权概念,将诉讼标的与请求权在完全等同的意义上加以使用。最初的立法者同时认为,既然《德国民法典》已经对请求权进行了充分的界定,因此没有必要另行对诉讼标的做进一步的阐述。这就是诉讼标的理论中的所谓旧实体法说。^[13]

但是,这种以实体法请求权为出发点的、描述性的诉讼标的概念,很快就遇到了诉讼现实的挑战。^[14] 首先,随着诉讼种类的丰富,人们发现在确认之诉与形成之诉的情形下,根本就不存在《德国民法典》第194条第1款意义上的请求权,但是却无法得出结论认为此时不存在诉讼标的。其次,即使在给付之诉的范围内,在发生请求权竞合的情形下,旧实体法说尤其会遇到挑战。以最为典型的“电车事件”为例,遭受人身伤害的乘客可以根据违约而主张损害赔偿请求权,也可以基于侵权而主张损害赔偿请求权。此时根据旧实体法说,受害人应当有权分别基于两个请求权提起两起诉讼。但是出于实践的考虑,对这些请求权应当统一地在同一个判决中做出终局裁判。^[15] 由此导致了德国法学界对诉讼标的的重新界定,诉讼标的从最初的描述性概念开始转向功能性概念。转变之后,诉讼标的在现代民事诉讼中取得了核心地位,其对判断诉讼途径的合法性、法院管辖权以及争议额等具有重要意义。^[16] 在诉讼过程中,诉讼标的则是判断诉之合并、诉之变更、诉讼系属以及实质既判力客观范围的根本标准。^[17] 这四个方面也被视为是检验诉讼标的理论的试金石。为了解决重复起诉的问题,围绕着诉讼标的,德国学者付出了巨大的努力,先后提出了一分肢说、二分肢说、新实体法说以及诉讼标的的相对说等理论。^[18] 其中一分肢说与二分肢说均将诉之申请/诉讼请求作为诉讼标的的核心要素,不同之处仅在于是否将生活事实作为判断诉讼标的的

[12] Braun, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, S. 390.

[13] Musielak/Voit, Grundkurz der ZPO, 12. Aufl. 2014, Rn. 140.

[14] 有关对旧实体法说的批评的文献例如可以参见江伟、徐继军:《民事诉讼标的的新说在中国的适用及相关制度保障》,载《法律适用》2003年第5期,第4页以下。

[15] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 92 III 1, Rn. 9.

[16] Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2008, vor § 253, Rn. 4; Musielak/Voit, Grundkurz der ZPO, 12. Aufl. 2014, Rn. 139.

[17] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 92 II, Rn. 2ff.

[18] 对于各种学说的详细介绍参见 Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2008, vor § 253, Rn. 14ff.

辅助性要素。而新实体法说则尝试以请求权规范竞合为基础创设新类型的实体法请求权，从而将请求权竞合情形下的多数请求权合并为单一的实体法请求权。^[19]

需要指出的是，上述各种诉讼标的理论的核心差别主要体现在请求权、诉之申请（诉讼请求）以及生活事实这三个要素上。德国学者从未曾借助民事实体法律关系来界定诉讼标的之内涵，即使是新实体法说，也仅是通过民事实体法律关系来解释请求权，从而尝试再次以请求权为出发点界定诉讼标的。

（二）我国诉讼标的传统理论

抛开第四编有关涉外民事诉讼程序的特别规定，我国现行民事诉讼法中使用“诉讼标的”的条文共计三条，均与当事人有关，即第 52 条、第 54 条和第 56 条，而第 54 条仅是简单重复第 52 条的用语。其中《民事诉讼法》第 52 条是借助诉讼标的来区分普通共同诉讼与必要共同诉讼；第 56 条是借助诉讼标的来区分有独立请求权第三人和无独立请求权第三人。如果说诉讼标的理论可以在一定范围内实现第 52 条的立法目的，^[20] 第 56 条则是误用诉讼标的的概念，^[21] 因为不论是将诉讼标的界定为是请求权、诉讼请求抑或是民事实体法律关系，都不构成请求权的客体。取而代之，第 56 条应当使用系争标的物或者权利等术语更为准确；^[22] 在体系上应当与《民法解释》第 249 条[当事人恒定原则]中的“争议的民事权利义务”保持一致。鉴于本文并不讨论诉讼主体问题，对此不予展开。

按照我国民事诉讼法学界的传统主流观点，所谓诉讼标的，是指当事人之间争议的请求法院审判的民事实体法律关系或者民事实体权利。^[23] 我国最为权威的国家司法考试的试题中持相同的观点，例如：

案例一：王大明将房子租给刘大壮居住，月租金 1 200 元。现王大明因刘大壮拖欠了 5 个月的房租未交，而诉诸法院，要求刘大壮给付 6 000 元房租。现问，此案的诉讼标的指的是什么？正确答案为当事人之间的“房屋租赁关系”。^[24]

案例二：刘某习惯每晚将垃圾袋放在家门口，邻居王某认为会招引苍蝇并影响自己出入家门。王某为此与刘某多次交涉未果，遂向法院提起诉讼，要求刘某不得将垃圾袋放在家门口，以保证自家的正常通行和维护环境卫生。关于本案的诉讼标的，下列哪一选项是正确的？正确答案为当事人之间的“相邻关系”。^[25]

《民法解释》第 247 条第 1 款第 2 项同样是在此意义上使用诉讼标的的概念，即认为诉讼标的

[19] Grunsky, Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2008, S. 27 ff., 40; Rimmelspacher, Materielle rechtlicher Anspruch, 1970.

[20] 诉讼标的理论对于解释普通共同诉讼可以发挥作用，但是对解释必要共同诉讼作用有限。有关必要共同诉讼的判断标准例如张永泉：《必要共同诉讼类型化及其理论基础》，载《中国法学》2014 年第 1 期，第 211 页以下；段文波：《德日必要共同诉讼“合一确定”概念的嬗变与启示》，载《现代法学》2016 年第 2 期，第 149 页以下。

[21] 持相同观点的例如刘君博：《第三人撤销之诉原告适格问题研究——现行规范真的无法适用吗？》，载《中外法学》2014 年第 1 期，第 259 页以下。

[22] 国家司法考试试题也持此观点，参见 2007 年司法考试卷三第 37 题。（甲有两子乙和丙，甲死亡后留有住房 3 间。乙趁丙长期外出之机，将 3 间房屋卖给丁，后因支付房款发生纠纷，乙将丁诉至法院。在诉讼过程中，丙知道了这一情况，要求参加诉讼。关于丙在诉讼中的地位，下列哪一选项是正确的？正确答案为“有独立请求权的第三人”。）

[23] 江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2013 年第六版，第 27 页；汤维建主编：《民事诉讼法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2010 年第二版，第 31 页。

[24] 2002 年国家司法考试卷三第 28 题。

[25] 2009 年国家司法考试卷三第 37 题。

等同于民事实体法律关系或实体权利。^[26] 也有司法实践观点提出,“一事不再理”中的一事,即指当事人要求处理同一法律关系,而并非前后两诉涉及同一事实关系。对此必须做出明确区分。^[27]

(三) 我国对诉讼标的理论存在的误解

首先,在立法层面,《民事诉讼法解释》第247条第1款第2项的规定虽然遵循了我国对诉讼标的之传统定义,但是该项规定使用“诉讼标的”并不科学。如前文所述,诉讼标的可以作为描述性概念使用,也可以作为功能性概念使用,即作为识别诉的标准。根据《民事诉讼法解释》第247条第1款的规定,判断重复起诉有三个标准,^[28]即(1)当事人是否相同,(2)诉讼标的是否相同以及(3)诉讼请求是否相同或者后诉的诉讼请求是否实质上否定前诉裁判结果。其中第一个为主体要素,后两者为客观要素。而诉讼标的仅为客观要素之一,由此也便否定了其作为功能性概念的可能性。因为诉讼法学界发展诉讼标的理论的目的就是将其界定为识别诉的客观标准,而不是客观标准之一,主体要素叠加诉讼标的要素应该可以解决并行的重复起诉问题,也即当两诉为同一诉讼时,在先诉讼的诉讼系属效力阻止在后的重复起诉。根据第247条第1款的规定,作为第2项内容的诉讼标的无法单独担此重任。另一方面,若无法起到功能性概念的作用,作为描述性概念,诉讼标的在第247条第1款的条文中便显得十分突兀。诉的要素与诉讼标的是两个体系。不论是《民事诉讼法》第119条有关诉讼要件的规定还是第152条有关判决内容要素的规定,均未使用诉讼标的的概念,此时判断重复起诉时,却在某个要素上使用诉讼标的的概念,逻辑混乱。从第119条、第152条的条文中可以得知,与当事人、诉讼请求处于同地位的诉之要素应当是案件事实或法律理由。考虑到我国对诉讼标的的前述传统定义,第247条第1款第2项直接适用法律理由或者民事实体法律关系更为恰当。

其次,我国理论界对诉讼标的之传统定义并非等同于旧实体法说。在我国传统的诉讼标的的概念中,诉讼标的被界定为是当事人之间争议的民事实体法律关系或者实体权利,明确有别于实体请求权。这也正是德国法学界有关请求权竞合与请求权规范竞合的分歧所在,否则也就不会出现与旧实体法说相对的新实体法说。根据旧实体法说,当基于同一请求权规范/实体法律关系而产生多项请求权时,例如因同一侵权法律关系而产生停止侵害请求权、赔礼道歉请求权和赔偿损失请求权,则可能分别构成不同的诉讼标的,提起不同的诉讼;^[29]相反,若严格以实体法律关系作为诉讼标的,则此时不论请求权数量的多寡,均为同一诉讼标的,由此将可能产生类似于美国民事诉讼法上“请求排除”(claim preclusion)以及强制性反诉(compulsory counterclaim)的法律效力。比较而言,以请求权为诉讼标的,将在最大范围内允许诉讼拆分,基于不同的诉讼请求,将可以提起不同的诉讼;以案件生活事实作为诉讼标的,将在最大范围内限制诉讼拆分;而以实体法律关系作为诉讼标的时,其排除效力介于前两者之间。^[30]此外,《民事诉讼法解释》第247条第1款的规定并非严格遵循了我国理论界对诉讼标的之传统定义,因为根据第247条第1款的规定,判断是否构成重复起诉的客观要素有两个,即诉讼请求和诉讼标的(民事实体法律关系)。后文将对此展开论述。

[26] 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第635页。

[27] 梁曙明、肖磊:《“一事不再理”原则的司法适用》,载《最高人民法院民商事案件审判指导》(第1卷),人民法院出版社2012年版,第738页。

[28] 这也被称为“三同说”,江必新主编:《新民法解释——法义精要与实务指南》,法律出版社2015年版,第559页。

[29] 任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,载《当代法学》2016年第3期,第44页以下。

[30] 严仁群:《诉讼标的之本土路径》,载《法学研究》2013年第3期,第91页以下;赵秀举:《排除时效初探——兼对举证时效的质疑》,载《北京科技大学学报》2000年第1期,第76页以下。

三、对诉讼标的理论本质的再认识

(一) 诉讼标的理论的本质

作为功能性概念时,诉讼标的应当完成对诉之要素的“提纯”。诉讼标的理论借此实现与请求权竞合理论、请求权规范竞合理论在目标上的统一,也即,诉讼标的理论所要担负的一个重要使命是在民事诉讼层面保障民事实体法上的请求权竞合理论乃至请求权规范竞合理论得以实现。当同一生活事实满足不同的请求权基础规范,从而产生不同的民事实体法律关系时,不论实体法上采用请求权竞合说还是采用请求权规范竞合说,均无法直接发生诉讼法上的效力,因此无法当然阻止债权人就形式上并存的不同请求权或者不同的民事实体法律关系分别提起诉讼,例如在“电车事件”的情形下,受害人可能分别就违约提起损害赔偿之诉和就侵权提起损害赔偿之诉。在此情形下,民事诉讼上配合民事实体法理论的制度是“禁止重复起诉”:借助诉讼系属的效力阻止当事人并行提起重复诉讼(《民事诉讼法》第35条、《民诉法解释》第36条);借助生效裁判的实质既判力的消极效力阻止当事人先后提起重复诉讼(适用《民事诉讼法》第124条第5项)。但是在这两种情形下,均需要首先判断两诉是否构成重复起诉。

按照通常的逻辑,当存在两起诉讼时,判断其是否构成重复起诉,仅需要将两诉中的诉之要素进行对比,即可以得出结论。根据《民事诉讼法》第119条的规定,诉的要素应当包含诉讼主体、诉讼请求、法律理由和事实。^[31]因此,当上述四个要件全部相同时,即构成重复起诉;反之,若存在某项要素不同,则不构成重复起诉。这也是司法实践中法官判断重复起诉通常所采用的方法,例如在“奉化步云公司与上海华源公司商标所有权转让纠纷不予受理案”^[32]中,最高人民法院以诉讼请求实质相同为由,认为应当按照一事不再理的原则处理。在“威海鲲鹏投资有限公司与威海西港房地产开发有限公司、山东省重点建设实业有限公司土地使用权纠纷管辖权异议案”^[33]中,最高人民法院同样以诉讼请求作为标准判断,认为两诉的诉讼请求不同因此不构成重复起诉。更为常见的司法实践做法是,法院在判断是否构成重复起诉时会同时审查案件事实、法律关系以及诉讼请求三个要素,例如在“邓芳桂与刘亮奇建设工程施工合同纠纷申请再审案”^[34]中,最高人民法院认为两案的基本事实不完全相同,所涉及的法律关系不同,诉讼请求不同而且被告不同,因此不构成重复起诉。在“王贺春、张福才等六人与卢继先、华宸建设集团股份有限公司债权转让合同纠纷案”^[35]、“新疆农洋洋国际贸易有限公司与新疆农资(集团)有限责任公司侵害商标权纠纷上诉案”^[36]中,在判断是否构成重复起诉时,裁判法院同样审查了当事人、案件事实、实体法律关系以及诉讼请求等要素。在上述的案件中,裁判法院虽然也将诉讼标的作为判断要素之一,但是仅在描述性概念层面加以使用,等同于民事实体法律关系。

在请求权竞合/请求权规范竞合的情形下,若根据诉之要素进行审查,将不构成重复起诉,因为民事实体法律关系不同,而这将恰恰会导致请求权竞合/请求权规范竞合理论所要避免的结果:原告将可能基于形式上并存的多个请求权或请求权规范,而获得多个有利的诉讼结果。为此,诉讼标的理论采取了最为简单的逻辑法则:用诉讼标的取代诉之客观要素作为审查诉的客观标准,借此通过减少

[31] 对于诉的要素的归纳可以参见前注[23],江伟书,第26页。

[32] 最高人民法院(2003)民二终字第169号。

[33] 最高人民法院(2005)民一终字第86号。

[34] 最高人民法院(2015)民提字第219号。

[35] 最高人民法院(2012)民提字第44号。

[36] 新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民三终字第16号。

诉的内涵而扩大诉的外延,增加两诉构成重复起诉的概率。既然民事实体法律关系是造成请求权竞合/请求权规范竞合的罪魁祸首,因此旧实体法说之后的各诉讼标的理论均未考虑这一要素,不将其视为是判断重复起诉的标准,正所谓釜底抽薪。无论是一分肢说还是二分肢说,均将诉讼上的请求作为诉讼标的。不同的是二分肢说认为诉讼上的请求在内容上由原告的申请和生活事实所决定:当原告的申请以单一的案件事实为基础时,仅存在一个诉讼上的请求;当原告提出多个申请或者原告的一个申请以多个生活事实为基础时,则存在多个诉讼上的请求。^[37] 新实体法说则直接否定了在请求权规范竞合情形下形式上并存的不同民事实体法律关系彼此独立的可能性。

(二) 对《民事诉讼法解释》第247条第1款的评价

从形式上看,《民事诉讼法解释》第247条第1款有关判断重复起诉要件的规定也体现了上述的逻辑,即减少诉的内涵而扩大诉的外延。但事实并非如此。在具体的民事诉讼中,民事实体法律关系并非是抽象存在的,它总是表现对当事人主张的案件事实进行法律涵摄的结果,亦即判断民事实体法律关系时,总是要结合具体的案件事实。因此,当两诉所涉及的民事实体法律关系相同时,其案件事实必然相同。这也是司法实践中裁判法院在判断是否构成重复起诉时通常一并审查“同一事实、同一法律关系、同一诉讼请求”的主要原因。

单纯从技术角度上看,《民事诉讼法解释》第247条第1款是否增加“前诉与后诉的(生活)事实相同”这一要素,无实质意义。当两诉的事实不同时,将产生不同的实体法律关系,此时借助实体法律关系这一要素即可界定为不构成重复起诉。当两诉的事实相同时,若产生单一的实体法律关系,则判断是否构成重复起诉仅取决于当事人的诉讼请求是否相同或者后诉的诉讼请求是否实质性否定前诉的裁判结果,此时事实要素无实质意义;若产生不同的实体法律关系,也即出现请求权竞合/请求权规范竞合时,严格适用第247条第1款的结果同样是不构成重复起诉,此时事实要素依然无实质意义。由此可见,第247条第1款并未实现对诉的要素的“提纯”,其采用的依然是诉之要素的判断标准,与司法实践中所采用的三要素判断标准无实质性区别。因此,从结果上看,第247条第1款与旧实体法说最为接近,两者均对请求权竞合的情形无能为力,但在多数情形下可以满足司法实践的需要。因此,我国理论界一般认为我国司法实践中采用的是旧实体法说^[38]或者“类似于旧实体法说的处理方式”。^[39] 如果将《民事诉讼法解释》第247条第1款的规定视为是对司法实践经验的总结,则上述的观点是可以成立的。^[40]

(三) 请求权竞合情形下的诉讼解决方案

针对《民事诉讼法解释》第247条第1款的规定,最高人民法院从三个方面做出了阐释:第一,认为将诉讼标的理解为当事人在实体法上的权利义务或者法律关系,简便易行,法院审理范围十分明确,诉讼程序秩序稳定,当事人攻击防御目标集中。第二,对于请求权竞合情况下出现复数诉讼标的的问题,可以结合实体法的规定,通过诉讼法上的特别处理加以解决。第三,至于当事人一次纠纷不能一次性解决的问题,则可以通过扩展法官释明义务,在一定程度上予以缓解。^[41]

^[37] Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2008, vor § 253, Rn. 18. 张卫平教授在教科书《民事诉讼法》,法律出版社2016年第4版,第195页)中所持观点与二分肢说一致,认为给付之诉的诉讼标的是当事人关于对方履行给付义务的诉讼请求,其识别标准应当是发生给付请求的具体事件或行为。而当事人之间争议的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诉讼标的的标准。

^[38] 前注[30],严仁群文,第92页脚注5对相关文献的整理。

^[39] 前注[29],任重文,第43页以下。

^[40] 不同的观点参见前注[30],严仁群文,第92页。

^[41] 前注[26],沈德咏书,第635页。

首先,不可否认,我国民事诉讼法学界对诉讼标的之传统定义确实与我国民事诉讼实践高度契合,这尤其体现在民事案由上。民事实体法律关系在民事诉讼中的特殊地位,可谓根深蒂固。在2000年的《民事案件案由规定(试行)》^[42]中,最高人民法院将民事案由分为四个部分,其中第一部分(合同纠纷案由)和第二部分(权属、侵权及不当得利、无因管理纠纷案由)均直接以实体法律关系为基础加以确定。最高人民法院明确指出:“第一审法院立案时可根据当事人的起诉确定案由。当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不符时,结案时以法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系作为确定案由的依据。……当事人在同一起诉中涉及不同法律关系,如某一案件涉及主从合同关系的,根据主合同所涉及的法律关系确定案由。”其后,在2008年的《民事案件案由规定》^[43]以及2011年的《民事案件案由规定》^[44]中,最高人民法院更是明确指出“民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定”。此外,为了强调民事案件案由在民事审判工作中的重要作用,最高人民法院还指出民事案件案由“反映案件所涉及的民事法律关系的性质,是人民法院将诉讼争议所包含的法律关系进行的概括。建立科学、完善的民事案件案由体系,有利于当事人准确选择诉由,有利于人民法院在民事立案和审判中准确确定案件诉讼争点和正确适用法律,有利于提高民事案件司法统计的准确性和科学性,有利于对受理案件进行分类管理,从而更好地为审判规范化建设服务,为人民法院司法决策提供更有价值的参考”。^[45]在强大的历史惯性面前,要完成诉讼标的从描述性概念向功能性概念的转变,无疑将面临巨大的困难。而且,随着《民诉法解释》第247条第1款的出现,实际上已经宣告了此路不通。^[46]

其次,法官释明权对于解决相关问题确实可以发挥作用,《合同法解释(一)》第30条以及《民事诉讼证据规定》第35条为这种可能性创设了法律基础。其中《合同法解释(一)》第30条第一句扩展了债权人的选择权,允许其在一审开庭以前变更诉讼请求。当然,同时也赋予了对方当事人提出管辖权异议的权利,若经审查异议成立的,法院应当驳回债权人的起诉。但是该条文使用“变更诉讼请求”,用语表述不准确,因为既然是请求权竞合,变更的自然是实体法律关系而非诉讼请求。根据最高人民法院的观点,“诉讼请求是建立在诉讼标的基础上的具体声明”。^[47]在国家司法考试的试题中,对诉讼请求及其变更亦做出同样的界定:

案例一:甲因乙久拖房租不付,向法院起诉,要求乙支付半年房租6000元。在案件开庭审理前,甲提出书面材料,表示时间已过去1个月,乙应将房租增至7000元。关于法院对甲增加房租的要求的处理,下列哪一选项是正确的?正确的答案为作为诉讼请求的增加,继续审理。^[48]

案例二:乙租住甲的房屋,甲起诉乙支付拖欠的房租。在诉讼中,甲放弃乙支付房租的请求,但要求法院判令解除与乙的房屋租赁合同。下列关于本案的哪种说法是正确的?正确答案是甲主张的是诉讼请求的变更(而不是变更诉讼标的、诉讼理由或原因事实)。^[49]

[42] 最高人民法院,法发[2000]26号。

[43] 最高人民法院,法发[2008]11号。

[44] 最高人民法院,法发[2011]42号。

[45] 最高人民法院2008年《民事案件案由规定》第2条。

[46] 在此背景下,主张诉讼标的理论“相对化”(陈杭平:《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》,载《法学研究》2016年第4期,第170页以下)的观点更难以实现。

[47] 前注[26],沈德咏书,第635页。

[48] 2011年国家司法考试卷三第37题。

[49] 2006年国家司法考试卷三第41题。

此外,该条规定本身也自相矛盾:第一句允许变更诉讼请求;第二句则允许对方提出管辖权异议。在我国民事诉讼法中,法定管辖权(主要)是根据法律关系和(部分情形下)根据特定的诉讼标的物来确定的。^[50]例如,在上述的案例二中,原告的诉讼请求不论是主张给付租金还是主张解除租赁合同,原则上不会影响案件的法定管辖权。

在此基础上,《民事诉讼证据规定》第35条为法官在诉讼过程中就法律关系问题进行释明创设了可能性。根据第35条第1款的规定,在诉讼过程中,法院可以根据案件事实对法律关系的性质或者民事行为的效力做出与当事人主张不一致的认定。但与《合同法解释(一)》第30条类似,第35条也存在“理论逻辑上的跳跃”,^[51]因为第35条第2款再次允许当事人此时变更诉讼请求,虽然不能简单将其视为是法条表述有误,但却同样引发了法律关系的变更与诉讼请求的变更之间的关系的疑问。^[52]客观而言,法官的释明权对解决请求权竞合问题的作用是有限的,因为请求权竞合是以作为基础的各法律关系均可以成立为前提的,根据《合同法》第122条的规定此时主张任何一个法律关系即可,在此情形下法官对实体法律关系进行释明显得多余。

最后,最高人民法院认为,对于请求权竞合的情形,可以通过诉讼法上的特殊处理加以解决。这种观点难免高估了诉讼法上对此做出特殊处理的可能性。前文的阐述已经表明,配合实体法上的请求权竞合理论,诉讼法上必须构建相应的“禁止重复起诉”制度。而若禁止重复起诉,则首先必须建立判断重复起诉的标准,现代诉讼标的理论正是为此而发展演变,甚至可以说这就是诉讼标的理论的使命。诉讼标的理论的强大背景下,诉讼法实在是难以简单地对请求权竞合做出特殊处理,任何的解决方案均可以被诉讼标的理论所解释、涵盖。反之,如果一种在诉讼法上做出的特殊处理无法用诉讼标的理论加以阐释,这种特殊安排也很难具有法理上的说服力。

结 语

实体法学者付出了巨大的精力解释请求权竞合或者请求权规范竞合,但是一如所有的实体法制度一样,请求权竞合理论需要诉讼法的配合。在非理性的司法实践面前,若没有相应的诉讼制度配合,实体法学者对请求权竞合的探讨,无异于在构建空中楼阁。《民诉法解释》第247条首次明确了判断重复起诉的标准,但实质上仅仅是对诉之要素的简单重复,对诉讼标的理论没有任何的发展和贡献,当然无法解决请求权竞合问题。《合同法解释(一)》第30条仅能在极其有限的范围内降低请求权竞合给当事人造成的不便,《民事诉讼证据规定》第35条为法官对法律关系进行释明提供了可能性,但是其对于解决请求权竞合问题的作用微乎其微。请求权竞合的诉讼解决路径天然地与“禁止重复起诉”制度,进而与诉讼标的理论捆绑在一起。诉讼标的是民事诉讼法无法回避的一项根本制度,我国必须构建功能性的诉讼标的理论体系,唯有如此方能实现实体法上的请求权竞合理论。

(责任编辑:庄加园)

[50] 例如杜万华主编:《最高人民法院民事案件审判指导》,人民法院出版社2015年版,第509页以下(“应当依据当事人主张的法律关系的性质来确定该案管辖”)。

[51] 曹吉云:《释明权行使的要件及效果论——对〈证据规定〉第35条的规范分析》,载《当代法学》2016年第6期,第116页以下。

[52] 最高人民法院有必要统一司法解释中的“民事法律关系”“案由”“诉讼标的”以及“诉讼请求”等概念的基本内容,参见周翠:《现代民事诉讼义务体系的构建——以法官与当事人在事实阐明上的责任承担为中心》,载《法学家》2012年第3期,第119页以下。