

请求权竞合与诉讼标的理论之关系重述

江 伟* 段厚省**

[摘要] 本文主要研究了实体法上的请求权竞合与诉讼标的理论之间的关系,阐述了请求权竞合对诉讼标的理论发展的影响。诉讼标的理论有新、旧之分,其理论功能不完全相同。请求权竞合不仅仅是实体法上的问题,而且直接关系到民事诉讼标的的确定与识别,涉及到诉的合并与变更、重复起诉以及判决及判例客观范围的确定等等。笔者认为,作为诉讼标的,应当是当事人在诉讼中主张的特定利益,请求权仅仅是当事人攻击防御的方法和法院进行裁判的根据。

[关键词] 请求权竞合 诉讼标的 诉的声明 诉讼利益

民事实体法上的请求权竞合问题和民事诉讼法上的诉讼标的的问题有着密切的联系,可以说请求权竞合问题是导致传统诉讼标的理论衰落和新诉讼标的理论产生的重要原因。仅在实体法领域解决请求

权竞合问题与仅在诉讼法领域解决诉讼标的问题,都存在一些困难。鉴于此,本文试图将请求权竞合与诉讼标的问题结合起来研究,理清它们之间的关系,并提出解决问题的初步设想。

一、民法请求权概念与诉讼标的概念的关系

(一) 民法请求权概念

在早期罗马法时代,只有诉权概念,而无请求权的概念。因为在罗马法中,事实与规范尚未分开,是诉讼创造权利,而不是先有权利,再依据权利起诉。罗马法中的诉讼,其本身就是一种权利,是“通过审判要求获得自己应得之物的权利,”也就是诉权。因此,在罗马法中,诉权和实体权利尚处于一体未分的状态,以至于人们经常说有没有诉权,实际上所要表达的是有没有权利。也就是说,在罗马法中,诉讼都与具体的实体权利类型结合在一起,不存在没有诉权的实体权利。典型的情形是,在罗马法最繁荣的时期,法律实际上是在执法

官手中不断形成的。由于法官是为执法而设,他没有立法权。因此,当法官要对法律革新时,不可能采取根据一定的条件确立新的权利这一方式进行,而通常是一一次次地允许或在其告示中宣布在其当政之年根据特定条件可以合法地进行哪些诉讼或审判,以至于那些产生于裁判官的权利连自己的称谓都没有,而是以诉权来表示,如“善意占有诉讼”和“抵押担保诉讼”等。^①这种通过诉权形成法的事实,使得诉权本身就是实体权利的表现。而诉权又是通过诉讼来体现的,所以,在罗马法中,“actio”一词既表示诉权,也表示诉或诉讼,还意

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

** 上海市人民检察院研究室,法学博士。

① [意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄凤译,中国政法大学出版社1992年第1版,第85—86页。

味着实体权利。^②

在十四、十五世纪，罗马法逐渐为德国继受。在继受的过程中，诉权（actio）制度也传入德国。在罗马法诉权制度传入德国的过程中，德国的社会生活日趋复杂，事实与规范一体未分的罗马法已不能适应诉权大量增加的社会现状，诉权的体系化以及事实与规范的分离已成为不可避免的趋势。同时，随着诉权日益实体法化，诉讼法逐渐脱离于实体法而独立存在，实体法与诉讼法、请求权与诉权实现分离。诉权制度逐渐分解，昔日在罗马法中的支配地位已风光不再。为挽救诉权制度的颓势，萨维尼（Savigny）提出私法诉权的学说，认为诉权是实体权利的一个发展阶段，是实体权利的一项权能。^③ 1856年，温德雪德在《从现代法的观点看罗马法的诉权》（Die Actio des römischen Civilrechts Vom Standpunkt des heutigen Rechts）一书中提出请求权概念。认为在罗马法中是审判保护产生权利；而在现代法的意识中，权利是本原，对权利的审判保护则是结果。^④至此请求权概念产生。此后，德国学者赫尔维格将诉权、诉讼上的请求权和实体上的请求权三个概念区别开来。认为实体法上的请求权是既存的实体权利，而诉讼法上的请求，则是原告在诉讼程序中所提出的权利主张。此项主张，是原告于起诉时所主张的法律关系。在诉讼程序中，原告须将实体法上的权利或法律关系具体而特定地主张，方能成为法院的审判对象。

按照现在通说，权利是享受特定利益的法律上的力。而请求权是要求特定人为特定行为（作为或者不作为）的权利。请求权有一个特点，就是必须依赖一定的基础权利而存在。所谓的基础权利，包括物权、债权、人格权、身份权、知识产权等。而基础权利，也需要有请求权附之，方能体现其法律上之力。台湾地区学者王泽鉴认为，请求权在权利体系中居于枢纽地位。因为任何权利，无论是相对权还是绝对权，要发挥其功能，或者回复不受侵害

的圆满状态，都需要籍助于请求权的行使。^⑤因此，请求权又随着其所依赖的基础权利而分为物权请求权、债权请求权、人格权请求权、身份权请求权、知识产权请求权等。至此，我们可以得出这样的一个结论，就是，在现代民事实体法和诉讼法之间，有着这样一个过渡：实体法上的基础权利→实体法上的请求权→诉讼法上的请求权主张→具体诉讼请求。

（二）诉讼标的概念

我国关于诉讼标的概念，是从日文“诉讼物”翻译而来；而日文“诉讼物”一词，又译自德文Streigegegenstand。1906年沈家本主持制定《刑事民事诉讼法草案》时，虽然是仿效欧日法律，但尚未使用“诉讼标的”概念。第二年颁行的《各级审判厅试办章程》第51条规定起诉状应填写“诉讼之事物及请求如何断结之意识”的规定，也没有使用“诉讼标的”概念。1920年颁布的仅施行于广东军政府所辖各省的《民事诉讼律》，由于继受德日民事诉讼法，引入“诉讼物”一词。次年北京政府颁行《民事诉讼条例》，兼采奥、匈及英美等国民事诉讼法，明定起诉状应记载“诉讼标的”。七年后国民党政府颁行的《民事诉讼法》，也要求起诉状须记载诉讼标的。该法历经修订，现为我国台湾地区沿用。1982年我国颁行的《民事诉讼法》，在第47条（关于共同诉讼的规定）、48条（关于第三人诉讼参加）等条文中采用了“诉讼标的”一词；现行《民事诉讼法》在第53条（共同诉讼）、55条（代表人诉讼）和56条（第三人参加之诉）中，也使用了“诉讼标的”一词。但是，迄今为止，虽然我国现行《民事诉讼法》、台湾地区《民事诉讼法》乃至德日《民事诉讼法》都有关于诉讼标的的概念，但是法律却没有对诉讼标的的涵义作出具体而明确的规定。台湾地区学者陈荣宗认为，当事人因私权纠纷提起民事诉讼时，起诉状上除应表明原、

^② 中文里，actio一词有时被译为诉，中村英郎：《民事诉讼制度与理论之法系的考察——罗马法系民事诉讼与日耳曼法系民事诉讼》，陈刚、林剑锋译，载陈刚主编：《比较民事诉讼法（第一卷）》，西南政法大学比较民事诉讼法研究所1999年印行，第21页；有时被译为诉讼，[意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年第1版，第85页；有时被译为诉权，见张卫平：《程序公正实现中的冲突与平衡》，成都出版社1992年版，第83页。

^③ [苏联]M·A·顾尔维奇：《诉权》，康宝田、沈其昌译，中国人民大学出版社1958年版，第6页。

^④ 张卫平：《程序公正实现中的冲突与平衡》，成都出版社1992年版，第107页

^⑤ 参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年第1版，第65、67页；王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年第1版，第84、92页。

被告外，还需表明原被告在该件民事诉讼中所争执的是何种事情，也就是原告要求法院裁判的具体内容是什么。前者是主观要素，后者是客观要素，这两个要素是民事诉讼的基本构成要素。民事诉讼标的，指的就是民事诉讼基本构成要素中的客观要素。^⑥ 简言之，诉讼标的是当事人争执的基本内容，也是当事人请求法院审理裁判的对象。

虽然法律没有对诉讼标的涵义进行具体而明确的规定，而是将这个问题委诸于学理，但是诉讼标的的概念对于民事诉讼又确实非常重要。从民事诉讼的构造来看，诉讼标的实为当事人与法院诉讼进行的核心，和当事人讼争对象、诉讼程序、诉讼制度等多种问题均有关系，包括管辖的确定、当事人适格、法院审理与裁判的范围以及法律的寻找与适用等，都涉及到诉讼标的问题。但是在民事诉讼的各种理论与制度中，与诉讼标的关系最为密切的，是重复起诉的禁止、客观的诉的合并、诉的变更以及既判力客观范围等四项。首先，就重复起诉的禁止而言，一事不再理是民事诉讼的基本法理。就裁判已经生效的案件，当事人不得再行起诉，法院不得重复受理和重复裁判，是既判力理论的基本要求。即使裁判已经做出但尚未生效或法院虽未做出裁判但已经受理或正在审理的案件，当事人也不得就同一诉讼标的另行起诉。禁止重复起诉的目的，一方面是防止法院对同一案件做出相互矛盾的判决，以免影响法院的权威和法律适用的统一性；另一方面是维护社会生活的稳定，减少司法成本。而判断一诉是否为另一诉的重复，其基本依据就是看两诉的诉讼标的是否相同。诉讼标的相同的，构成重复起诉，反之则否。^⑦ 因此，诉讼标的是判断是否构成重复起诉的关键。其次，就客观的诉的合并而言，判断是否构成客观的诉的合并，其依据就是看在该诉讼程序中是否存在复数的诉讼标的。若存在复数的诉讼标的，就构成客观的诉的合并，反之则否。具体来说，就原告增加诉讼请求的情形，须看原告

所增加的诉讼请求，是否构成独立的诉讼标的，如果构成独立的诉讼标的，就构成了诉的合并；就被告提出反诉而言，分析被告所提出者究竟为反驳还是反诉，只须看被告所提出的请求是否构成独立的诉讼标的即可；就有独立请求权第三人参加之诉而言，只要第三人所提诉讼请求构成了独立的诉讼标的，就构成了诉的合并。再次，就诉的变更而言，依据民事诉讼的一般原理，原告于提起诉讼后，原则上不得变更或者追加其诉。判断是否构成诉的变更，须看诉讼标的是否变更。若诉讼标的发生变更，则为诉的变更，反之则否。最后，就既判力客观范围而言，民事判决一经做出，就具有法律效力，当事人不得就同一案件再行起诉，或者在其他诉讼中提出与确定判决相反的主张；法院也不得就同一案件重复受理，或者做出与确定判决相矛盾的裁判。既判力只能及于经法院裁判的事项，未经法院裁判的事项，不具有既判力。由于法院只能就本案诉讼标的进行裁判，因此，既判力的客观范围决定于诉讼标的之内容。^⑧

（三）民法请求权概念与诉讼标的的概念的关系

那么，民法请求权概念与诉讼标的的概念之间到底是一种什么样的关系？要理清这个关系，仍须从罗马法谈起。如前所述，在罗马法中，事实与规范尚未完全分开。也就是说，在罗马法中，还没有完全摆脱具体事实的抽象的法律。因为还没有抽象的实体法，原告因某一事件的发生或者存在而产生的一定的利益，尚无纯粹的实体上的权利作为其表征。原告要通过公力救济的途径，以诉讼来保护他的利益，须经裁判官裁决其有无诉权。而裁判官裁决其有无诉权，则意味着要保护他的利益，反之则意味着他没有诉权，也即他没有应当受保护的利益。如此看来，有无诉权，乃为裁判所要决定的事项，换言之，作为裁判对象的诉讼标的，是诉权。既然有无诉权决定着原告是否有应予保护的利益，则诉权不仅具有程序的意义——起诉是否被受理，也具

^⑥ 所谓客观的诉的合并，是指在一诉讼程序中就复数的进行审理和裁判，从而尽量利用一个诉讼程序来实现纠纷的一次性解决，既避免分开审理可能带来的各判决之间的矛盾和冲突，同时也达到降低诉讼成本的目的。

^⑦ 至于本条以及《民事诉讼法》第126条关于原告可以增加诉讼请求的规定的合理性，后文还将进一步分析，此处不再展开。

^⑧ 学理对此尚存争议。例如，德国学者认为，既判力客观范围，不仅及于判决主文的全部，还应及于判决理由部分。而诉讼标的理论一般认为诉讼标的为判决主文所针对的事项，判决理由并不构成诉讼标的的内容，见江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社1998年第1版，第88页；还有学者认为，在一部分请求的情形，既判力客观范围仅及于诉讼标的的一部分。见李龙：《论民事判决的既判力》，载《法律科学》1999年第4期。

有实体的意义——应予保护的原告所请求的实体利益，此一利益，就是后来德国学者温德雪德所谓的民法上的请求权。因此，在罗马法中，诉权包含有后来的实体请求权的意义。而诉权又是裁判的对象即诉讼标的，所以在罗马法中，诉讼标的也就内含后来的实体请求权的意义。

在罗马寺院法渐为德国继受的过程中，诉权（actio）制度也传入德国。在诉权制度传入德国的过程中，德国的社会生活日趋复杂，事实与规范一体未分的罗马法已不能适应诉权大量增加的社会现状，诉权的体系化以及事实与规范的分离已成为不可避免的趋势。同时，随着诉权日益实体法化，诉讼法逐渐脱离于实体法而独立存在，实体法与诉讼法、请求权与诉权实现分离。诉权制度逐渐分解。为挽救诉权制度的颓势，德国学者萨维尼（Savigny）提出私法诉权说的观点，认为诉权是实体权利的一个发展阶段，是实体权利的一项权能，但此说随着德国学者温德雪德（Windscheid）提出纯粹实体法请求权概念而没落。1856年，温德雪德提出请求权概念。认为在罗马法中是审判保护产生权利，而在现代法的意识中，权利是本原，对权利的审判保护则是结果。也就是说，实体请求权先于诉讼而存在，是裁判的对象。因此，温氏提出实体法上的请求权概念后，人们将实体法上的请求权概念直接移入诉讼法中，从而认为诉讼标的就是实体法上的请求权。德国1877年民事诉讼法中的请求权概念，有时指诉讼上的请求权，有时指实体上的请求权，即是受温氏观点的影响。德国民事诉讼法多次将原告提出的请求权表达为诉讼标的，例如在关于起诉的第253条第2项第2款和关于判决的第322条第1项，所使用的诉讼标的概念均与实体法上的请求权未有区分。^⑨

将实体法上的请求权直接引入诉讼法而与诉讼标的概念一体不分，主要是因为早期的民事法律关系较为简单，民事诉讼形态单一，只有给付之诉一种形态，尚无确认之诉与形成之诉二种形态。待此二种诉讼形态出现后，就无法以实体法上的请求权来解释诉讼法上的某些现象。例如，在消极确认之诉的情形，就没有实体法上的请求权存在。如果仍然认为诉讼标的是实体法上的请求权，将得出消极确认之诉的诉讼标的不存在的荒唐结论。因此，20世纪初期，赫尔维格提出，依原告的权利主张作为诉讼标的确定标准。赫氏首先将现代的诉权、诉讼上的请求权以及实体上的请求权三个概念加以区别；其次，赫氏在建立诉讼上的请求权概念时，以诉讼上的请求权和争议事项间的关系作为理论基础。他认为，实体法上的请求权是既存的实体权利，而诉讼法上的请求，则是原告在诉讼中所提出的实体法上的权利或法律关系具体而特定的主张，也即作为诉讼标的的，是诉讼上的请求，而不是实体请求权。赫氏理论，被称为传统诉讼标的理论。^⑩这一理论将诉讼上的请求权从实体法上的请求权概念中解放出来，指出诉讼标的是诉讼上的请求权，而诉讼上的请求权是原告于诉讼中具体主张的实体请求权，不是既存的实体请求权。如果说在罗马法中，诉讼标的因诉权的两重性还具有程序和实体的两重涵义外，到温德雪德提出实体请求权概念后，就仅具有实体请求权一重涵义。也就是说，此时诉讼标的与实体请求权乃是等同的概念。温氏所谓的实体请求权，是指实体法上既存的请求权。而在赫尔维格提出传统诉讼标的理论后，诉讼标的又与实体请求权相对脱离，指原告在诉讼中具体主张的实体请求权。此一请求权是否存在，尚待法院裁判。

^⑨ 李龙：《民事诉讼标的的基本概念与民事诉讼的基本理念》，载《现代法学》1999年第1期。

^⑩ 所谓传统诉讼标的理论，是相对于后来产生的“新诉讼标的理论”而言。由于新诉讼标的理论是从诉讼法学的角度出发来解决诉讼标的的问题的，又被称为“诉讼说的诉讼标的理论”；与此相应，传统诉讼标的理论又被称为“实体法说的诉讼标的理论”。再往后，德国学者肯克尔（kenckel）等认为仅从诉讼法学的角度无法解决诉讼的问题，遂又从实体的角度建立其诉讼的理论，称“新实体法说的诉讼标的理论”。

二、请求权竞合对诉讼标的问题的影响

(一) 请求权竞合问题

根据赫尔维格的理论，一个法律构成要件只产生一个请求权。但是，现实生活中经常发生的一个现象是，某一自然事实往往符合多个法律构成要件。一个法律构成要件产生一个请求权，多个法律构成要件则产生多个请求权。由于多个请求权具有相同的目的，其中任何一个请求权的行使，都将达到相同或基本相同的效果，并且其中任一请求权的实现，都使其他请求权的行使没有必要，否则其所获利益可能构成不当得利。这就是所谓的请求权竞合问题。请求权竞合的情形包括物权之间的竞合，如国企财产受到侵害时，企业可行使经营权，也可行使占有权，请求返还财产或其他救济；物权与债权的竞合，如出租人可行使所有权，也可行使出租人的债权，请求到期租赁物的返还；债权之间的竞合，如连带责任担保的情形，债权人可向主债务人主张主债权，也可向担保人主张担保债权；救济权之间的竞合，如违约救济和侵权救济的竞合等。关于请求权竞合，传统理论有法规竞合和请求权竞合二说。法规竞合说认为，一个事实虽然符合多个法条所规定的构成要件，但是当事人的请求目的只须一次就可满足，因此，根本就不存在多个请求权的竞合，真正的请求权只有一个。在法律适用上，适用特别法优于普通法的原则，或者以法条的补充或吸收的原则处理。请求权竞合说则主张，在上述情形，成立复数的请求权，一请求权得到满足，他请求权随之消灭；其中某些请求权消灭，不影响其他请求权的存在。在请求权竞合说中，也有学者主张，一味强调各请求权相互独立存在，有违法规目的，因此，各请求权之间可以相互影响，例如基于侵权行为而产生的请求权，也有适用于基于契约而产生的请求权的余地。对上述传统请求权竞合理论，拉伦茨等进行了修正，提出了请求权规范竞合说。请求权规范竞合说认为，在同一事实符合侵权

责任和债务不履行责任的规定时，相竞合的是请求权的基础，而请求权只有一个。但是在同一事实符合物权请求权与债权请求权构成要件的情形，拉伦茨仍然保留了请求权竞合的观点。同时，拉伦茨认为，由于票据债权和原因债权的独立性，该二权利的并存也构成请求权竞合。^①

(二) 请求权竞合对诉讼标的理论的影响

根据传统诉讼标的理论，原告在起诉时，不是从争议的自然事件本身出发，而是从实体规范出发，先找到调整这一事件的实体规范，再依据该实体规范来评价事件，主张自己应拥有的实体法上的请求权。当然，原告所主张的实体请求权，只是原告在诉讼中认为自己应拥有的请求权，这一权利是否真实存在，尚须法院裁判。但是，在请求权竞合的情形，一个自然事件，常因法律观点评价不同，而产生不同的实体请求权；不同的实体请求权，经当事人于诉讼中具体而特定地主张，又表现为不同的诉讼上的请求权。依据传统诉讼标的理论，不同的诉讼上的请求权，构成不同的诉讼标的。例如甲将乙所有并使用的一台电脑盗去，根据不同的实体法规范，乙对甲享有不当得利返还请求权、所有物返还请求权、占有物返还请求权以及占有回复关系请求权等数个请求权。每一个请求权经乙在诉讼中具体而特定的主张，均能构成一个独立的诉讼标的。此时，问题就产生了。例如，1. 如果乙在诉讼中同时主张不当得利返还请求权和所有物返还请求权，是否构成两个诉讼标的，并因此而构成诉的合并？2. 如果乙在诉讼中先主张所有物返还请求权，然后又改为主张不当得利请求权，是否构成诉的变更？3. 如果乙先主张其中一个请求权，经裁判后，又提起诉讼，主张其他的请求权，是否构成重复起诉？4. 与问题3相关联的另一个问题，就是如果乙在诉讼中主张一个请求权，经裁判后，既

^① [台] 叶月云：《德国新诉讼标的理论之研究》，台湾“国立中央图书馆”藏硕士论文，第61—65页。

判力的客观范围是否覆盖其他的未经主张的请求权?^⑫依传统诉讼标的理论,乙如果在诉讼中同时主张复数的请求权,构成诉的合并;从主张一请求权变更为主张另一请求权,构成诉的变更;先主张一请求权经裁判后再起诉主张另一请求权不构成重复起诉;对原告主张的一请求权的裁判,其既判力不及于其他请求权。

这样一来,传统诉讼标的理论固然有着其优点,例如一方面它将诉讼上的请求权从实体法上的请求权概念解放出来,指出诉讼上的请求权是原告于诉讼中具体主张的请求权或权利,而不是既存的实体权利,另一方面它使法院易于确定审理范围,使当事人易于进行攻击防御,使既判力的客观范围易于确定;但是却存在着无法解决请求权竞合的情形下一个事件将可能经过数次审判,产生数个判决的问题。这一问题在民事诉讼上所产生的影响,不仅仅是可能造成重复起诉,还涉及到纠纷解决的拖延,诉讼成本的增加,对原告的重复救济或者在原告法律水平不高的情况下,可能因主张的实体权利不同而遭致不利等,从而减损民事诉讼的程序功能以及实体公正。传统诉讼标的理论在请求权竞合问题上遇到的障碍,使得盛行达50年之久的传统诉讼标的理论日趋式微,新诉讼标的理论(与传统诉讼标的理论相对而言)随之兴起。^⑬所谓新诉讼标的理论,非指某一种理论,而是指为克服传统诉讼标的理论难点所提出的不同于传统诉讼标的理论的各种观点,^⑭包括:

1. 二分肢说(诉的声明+事实理由说)。二分肢说由罗森伯格(Rosenberg)和尼克逊(Nikisch)

提出。1927年,罗森伯格出版民事诉讼法教科书第一版,认为诉讼标的须依原告的声明和事实加以确定。他所谓的事实,是指未经实体法评价的自然事实。因此,即使该事实依实体法评价符合多个法律事实的构成要件,但事实也只有一个,原告的声明也只有一个,从而诉讼标的也只有一个。二分肢说的目的是解决传统诉讼标的理论在请求权竞合问题上所遇到的障碍,但是,这一理论虽然解决了基于一个自然事实的请求权竞合问题,但是却无法解决基于数个事实、有数个实体法上的请求权而给付目的只有一个时,该一个给付目的却可以受多次判决的问题,例如基于票据关系和原因关系而产生的一个给付目的的情形。尼克逊(Nikisch)则早在1935年就有《民事诉讼上的诉讼标的理论》一书。尼氏认为,诉讼标的是指原告的权利主张,即原告请求法院就其实体上的权利或法律关系予以确认的主张,这一主张原则上是抽象的法律效果的主张,例外于确认之诉,则指具体的权利主张。而在诉讼标的的识别标准上,除确认之诉仅依诉的声明即可确定外,于给付和形成之诉,仍须仰赖事实方能确定。须注意的是,尼氏所谓的事实,是指请求权存在的基础,也就是法律事实,此与罗森伯格的自然事实又有所不同。

2. 一分肢说。此说由伯特赫尔(Botticher)和施瓦布(Schwab)共同完成。1949年,伯特赫尔发表“婚姻诉讼的诉讼标的”一文,认为婚姻诉讼的诉讼标的,仅依原告告诉的声明即可确定,因为在婚姻诉讼中,诉讼标的非是当事人请求裁判离婚或撤销婚姻的理由,而是裁判离婚、撤销婚姻或解除婚

^⑫ 有实体法学者可能会认为,权利经行使后就消灭了。在上述例子中,如果乙主张所有物返还请求权,经裁判获得满足,则其他请求权因事实基础消灭,也同时消灭;如果乙因举证不足等原因,其所有物返还请求权未获支持,则消灭的仅仅是所有物返还请求权,其他请求权因事实基础仍然存在,并且也未经主张和行使,从而不会消灭。依传统诉讼标的理论,原告仍然可以提起诉讼并予以主张。为了解决请求权竞合的问题,我国《合同法》第122条规定在违约与侵权损害赔偿请求权竞合时,当事人可以选择其一主张。但是,首先,《合同法》第122条的规定仅适用违约与侵权损害赔偿请求权竞合的情形,其他的请求权竞合情形尚未在实体法中获得解决;其次,《合同法》的这一规定尚须与其他实体法律相协调,因为《合同法》只能规定当事人合同上的权利义务,没有理由剥夺当事人依其他法律享有的请求权;《合同法》的这一规定也须与《民事诉讼法》相协调,因为《合同法》没有理由剥夺当事人依据其他实体法律以及《民事诉讼法》而享有的诉权。

^⑬ 二战前德国要求扩大和加强司法权的声浪日益高涨,也是促使新诉讼标的理论产生的背景因素之一。

^⑭ 以下关于新诉讼标的各理论的内容,均引自叶月云:《德国新诉讼标的理论的研究》,台湾国立中央图书馆藏硕士论文。也有观点认为所谓旧诉讼标的理论是从实体法出发来解释诉讼标的,而新诉讼标的理论从诉讼法的立场来把握诉讼标的的理论。见中村英郎:《民事诉讼制度与理论之法系的考察——罗马法系民事诉讼与日耳曼法系民事诉讼》,陈刚、林剑锋译,载陈刚主编:《比较民事诉讼法(第一卷)》,西南政法大学比较民事诉讼法研究所1999年印行,第25页;罗筱琦:《民事判决对象的比较研究》,载陈刚主编:《比较民事诉讼法(第一卷)》,比较民事诉讼法研究所1999年印行,第197页;张卫平:《程序公正实现中的冲突与平衡》,成都出版社1992年版,第89页,等。持这一观点的学者,均将后来出现的新实体法说作为与传统诉讼标的理论和新诉讼标的理论并列的学说,而不是作为新诉讼标的理论的一个流派。

姻状态的请求。后来，伯氏又将其理论扩展至撤销租赁强制执行异议之诉（形成之诉）和解除契约之诉（确认之诉）。1954年，施瓦布于其《民事诉讼标的的研究（Der Streitgegenstand in Zivilprozess）》一书中，提出审判请求说，将伯氏的一分枝说扩至整个民事诉讼领域。他认为，原告起诉的目的在于请求法院对其声明进行裁判，因此诉讼标的内容，应依原告声明加以确定。但是，在既判力客观范围上，施氏又将事实概念引入，因此未能保持其理论的一贯性。而且，一分枝说的缺陷也很明显。例如在相同当事人间请求给付金钱或种类物的诉讼中，就无法将后诉与前诉区别开来。

3. 三分枝说。1956年，哈布塞德（Habscheid）提出三分枝说的观点，认为诉讼标的是原告在诉讼上基于特定的生活事实所为的权利主张，其识别标准由程序主张、法律效果主张和生活事实三个要素构成。所谓程序主张，包括诉讼的合法性条件和权利保护形态；所谓法律效果主张，与尼克逊的“权利主张”无异，指原告请求法院就其实体上的权利或法律关系加以确认的主张，原则上是诉讼上的、抽象的法律效果，在例外有法律明定以及当事人意思介入的情形，则指具体的、以实体法为依据的权利效果主张。至于生活事实，则指德国民事诉讼法的“请求权的理由。”依哈氏的定义，指当事人间所发生的一切事实。此外，哈氏的理论还包括诉讼标的与判决标的二元论以及既判力作用之外的失权效理论。

4. 新实体法说。新理论的上述几说，所努力者是建立纯粹诉讼法上的诉讼标的理论。但该等学说各有缺陷，都有不能自圆其说之处，因此，学者们又将目光转向实体法，试图将诉讼的请求权和实体上的请求权相结合，从而产生了新实体法说的理论。最早提出这一想法的是尼克逊，民法学者拉伦茨（Larenz）等受其启发，开始修正传统的请求权竞合理论，提出“请求权规范竞合说”。与此同时，德国诉讼法学者亨克尔（Henckel）、布罗默（Blomeyer）等也在努力建立他们新实体法说的理论。早在1956年，亨氏就从实体法出发提出了他的新观点。他将实体请求权的功能分为（1）学理功能、（2）涵摄功能、（3）规范功能、（4）处分客体功能和（5）确定管辖功能。其中，处分客体功

能决定了诉讼标的的单复。在给付之诉中，原告对被告主张的实体请求权即为诉讼标的，须根据原告声明中所表明之权利保护形态、请求权内容、请求权主体以及在事实中体现的起诉理由来特定；确认之诉的诉讼标的为原告主张的实体权利，仅依当事人主张的内容即可特定；至于形成之诉，亨氏认为不存在私法上的形成权，因此，须诉诸构成形成诉讼的理由来确定其诉讼标的，从而，构成形成诉讼的理由为复数时，诉讼标的也为复数。亨氏的学说，虽然较为新颖，但是仍存在以下问题：一是亨氏虽谓实体法上请求权应依其作用不同而具有不同的意义，却仍未摆脱实体法请求权对诉讼标的理论的影响。至于这些具有不同作用的请求权的性质如何，亨氏也未进一步说明。二是依他的理论，在以票据担保原因债权的情形，结论与传统诉讼标的理论、二分枝说以及三分枝说并无二致，认为可能成立预备或选择的诉的合并。此一结论仍难免产生双重判决的危险。布罗默则将诉讼标的区分为诉讼上的诉讼标的和本案诉讼标的，前者系指在诉讼中原告要求本案判决的条件；后者指原告请求的实体法上的法律效果。对诉讼系属抗辩、诉的合并以及既判力客观范围的确定有意义的，是本案诉讼标的。就本案诉讼标的的确定，于给付之诉，除原告请求的实体上的法律效果外，还须依诉讼声明和起诉理由才能确定；于确认之诉，仅依原告所主张的法律关系就可确定；于形成之诉，依诉的声明和构成形成诉讼的理由来确定。但布氏观点未为学者们接受。

5. 统一诉讼标的理论否定说。以上所介绍的种种学说，均试图建立一个适用于所有诉讼形态的统一的诉讼标的概念及其识别标准。实践证明这种努力十分艰难，因为各学说均未达致理论上的完美状态。因此，终于有人提出要推翻统一的诉讼标的概念。前述布罗默的努力就体现了这一趋势，1967年，德国学者乔依格发表“辩论主义、职权主义与诉讼标的”一文，表示要推翻统一诉讼标的概念。他先将民事诉讼分为辩论主义与职权主义两大模式，然后各依这两大模式分别讨论确定给付之诉、确认之诉和形成之诉的诉讼标的和识别标准。在他之后，另一学者鲍姆戈塔于1974年也提出了不同于统一诉讼标的理论的观点，认为诉讼标的概念应

依诉讼形态不同而有不同。但是,分析德国二学者所谓的统一诉讼标的的否认说,实际上是一分肢说和二分肢说的混合,也就是他们认为,除诉的声明应成为诉讼标的的构成要素之一外,事实是否能够成为诉讼标的的另一构成要素,应视各不同的诉讼类型而定。

以上是德国新诉讼标的理论的不同流派。日本和我国台湾地区的民事诉讼理论,与德国有着脉络相承的关系,其诉讼标的理论,不能不受到德国诉讼标的理论的影响。因此在日本和我国台湾地区,关于诉讼标的理论,大体上也都可以分为新旧两派。就我国国内来看,德、日以及我国台湾地区关于诉讼标的理论的讨论,并未引起国内学者太多的关注。从教科书的表述来看,国内主流学理所采的,仍是传统诉讼标的理论。^⑤

三、我国司法实践对请求权竞合情形下诉讼标的问题的处理

目前我国司法实践中对诉讼标的问题的认识,基本上传统诉讼标的理论的观点。这主要体现在对民事诉讼法第108条第3项的理解上。《民事诉讼法》第108条第3项规定,起诉必须有具体的诉讼请求和事实、理由。对于“诉讼”请求,实务中一般理解为当事人所欲达到的具体的法律上的效果(而不是抽象的法律效果),也可以说是具体的救济方式,例如给付之诉中的返还财产或赔偿损失的请求、确认之诉中请求确认权利存在或不存在的请求、形成之诉如离婚诉讼中解除婚姻关系的请求等,实际上就是诉的声明。对于“事实”,实务中

至此,我们可以做一小结:

关于请求权竞合,不仅仅是实体法的问题,而且直接关系到民事诉讼标的的确定与识别,涉及到诉的合并与变更、重复起诉以及判决既判力客观范围的确定等诸多实体法问题。传统诉讼标的理论无法合理地解决请求权竞合情形下诉讼标的的识别问题,从而也无法合理地解决请求权竞合情形下诉的合并、诉的变更、重复起诉以及既判力客观范围的确定问题。主要是为解决传统诉讼标的理论在请求权竞合情形下遇到的困境,各种新诉讼标的理论次第产生。^⑥但是,这些新诉讼标的理论本身也都没有真正实现自圆其说,从而也就没有真正解决请求权竞合情形下诉讼标的的在识别和确定上所遇到的一系列问题。

一般理解为发生争议的法律上的事实,如侵权、违约、导致婚姻关系破裂的事实等;这些事实都是经过法律评价的事实或实体法所列举的事实,而不是未经法律评价的客观事实或者说自然历史事实。由于本条已将“事实”单列,所以本条中的“理由”一词,显然不是指“事实”,因此实务中一般将其理解为法律依据,并且主要指实体法律依据。换言之,原告于起诉之时,虽有具体的诉讼请求和争议事实,若无实体法律依据,仍无法获得法院的受理。例如,在一起关于所谓“亲吻权”的案件中,原告以“侵害亲吻权”为由向法院起诉,法院以亲

^⑤ 罗氏先以客观的选择合并来解决这一问题,理由牵强,遂于民事诉讼法教科书第四版中,于诉讼合并的情形改采一分肢说(诉的声明说),至民事诉讼法教科书第六版时,已完全改采一分肢说。目前在德国以及与德国属同一法系的奥地利,二分肢说已成为新诉讼标的理论中的通说。但是,对二分肢说中事实的概念,学说还存在分歧。在德国,关于事实,理论和实务界多采实体法上构成要件的观点。而在奥地利,则又有两派,一派如德国的观点认为事实须是实体法上构成要件的事实,在诉的声明相同的情形,若事实部分构成另一个法律构成要件的事实,则构成不同的诉讼标的;另一派则认为事实概念应属单一的生活过程或生活事实理由,而不是法律构成要件事实。某一个历史上的过程,如根据交易概念或自然的看法,应构成一体的话,则属一个事实。例如订约中的谈判行为、订约、物的给付以及消费等,应视为一个事实。在实务上,也并不是说当一个诉讼标的的系属于法院时,仅仅变更其中的事实部分就可以构成诉的变更。但是若前诉已被驳回判决确定,原告又以同一声明,而以另外一个事实理由重新提起诉讼,则不构成重复起诉。见徐美贞:《德奥‘诉讼标的理论’发展之现状》,载台湾《东海法学研究》1998年第13期。

^⑥ 例如,中国大百科全书对诉讼标的是这样表述的:“当事人之间因民事权益发生争议,要求法院做出裁判的法律关系”,见《中国大百科全书》光盘(1.1),法学卷,中国大百科全书出版社;柴发邦主编的《民事诉讼法学新编》认为:“民事诉讼的双方当事人,因为某种权利义务关系发生纠纷或者受到侵害,要求人民法院作出裁判或者调解,这种需要作出裁判或者调解的权利义务关系就是当事人间争议的诉讼标的”,见柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年第1版,第60页;常怡主编的《民事诉讼法学》认为:“所谓诉讼标的,是指当事人之间发生争议,并要求人民法院作出裁判的民事法律关系。诉的标的,又称为诉讼标的”。见常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版,第127页。

吻虽然具有人格利益，但是法律对此无明确规定为由驳回了原告的诉讼请求。^①此外，在我国司法实践中，即使有具体的诉讼请求和争议事实，当事人也列明了实体法律依据，但是如果当事人所选择的实体法律依据被认为与争议事实不符，也将招致不予受理或驳回起诉的后果。例如，在一起关于监护权的纠纷中，当事人双方在离婚时自愿达成了子女抚养协议，在履行协议的过程中发生了争议，原告以被告“侵害监护权”为由起诉到法院。一审和二审法院均以“侵权”案件受理并做出判决后，最高

人民法院认为该案属抚养子女纠纷，从而建议再二审法院撤销一、二审判决，驳回原告“侵权”的诉讼请求，并告知原告可以以子女抚养纠纷起诉。^②因此，关于诉讼标的问题，我国立法和司法实践基本上采传统诉讼标的理论。因而传统诉讼标的理论在请求权竞合情形下遇到的困境，我国司法实践自然也会遇到。但是，在请求权竞合问题上，我国司法实践中的做法并不统一。有的采传统诉讼标的理论，^③有的采新诉讼标的理论，^④有的采有利于原告的原则。^⑤

四、对解决请求权竞合情形下诉讼标的确定问题的初步思考

请求权竞合问题，本质上是一个实体法问题，而不是诉讼法问题。但是，由于请求权竞合问题涉及到诉讼标的的识别问题，所以请求权竞合问题，又成为每一种诉讼标的理论都不能避开的问题。因此，由于请求权竞合问题的存在，导致了传统诉讼标的理论的衰落和各种新诉讼标的理论的产生。但是，迄今为止，传统诉讼标的理论和新诉讼标的理论都未能真正解决请求权竞合情形下的诉讼标的识别问题。基于这一现实，尼克逊呼吁从民法上来修正请求权竞合理论。此后，拉伦茨（Larenz）等德国民法学者开始着手修正实体法上的请求权竞合理论，力图配合诉讼法学者，一同解决请求权竞合情形下的诉讼标的识别问题。如前所述，传统理论有法规竞合和请求权竞合二说。法规竞合说认为，一个事实虽然符合多个法条所规定的构成要件，但是当事人的请求目的只须一次就可满足，因此，根本就不存在多个请求权的竞合，真正的请求权只有一个。此时，仅涉及法律适用问题，而与诉讼标的识别关系不大。在法律适用上，适用特别法优于普通法的原则，或者以法条的补充或吸收的原则处理。请求权竞合说则主张，在上述情形，成立复数的请

求权，一请求权得到满足，他请求权随之消灭；其中某些请求权消灭，不影响其他请求权的存在。在请求权竞合说中，也有学者主张，一味强调各请求权相互独立存在，有违法规目的，因此，各请求权之间可以相互影响，例如基于侵权行为而产生的请求权，也有适用于基于契约而产生的请求权的余地。对上述传统请求权竞合理论，拉伦茨等进行了修正，提出了请求权规范竞合说。请求权规范竞合说认为在同一事实符合侵权责任和债务不履行责任的规定时，相竞合的是请求权的基础，而请求权只有一个。但是在同一事实符合物权请求权与债权请求权构成要件的情形，拉伦茨仍然保留了请求权竞合的观点。同时，拉伦茨认为，由于票据债权和原因债权的独立性，该二权利的并存也构成请求权竞合。^⑥拉伦茨仅仅对基于侵权的请求权和基于违约的请求权之间的竞合做了修正，对于物权请求权与债权请求权竞合以及票据债权请求权和原因债权请求权竞合的情形未作修正，这两类请求权竞合的问题仍然存在。而且拉伦茨对基于侵权的请求权和基于违约的请求权之间的竞合的修正，使得基于侵权

① 传统诉讼标的理论的缺陷除了未能合理解决请求权竞合问题外，还包括无法界定消极确认之诉的诉讼标的。

② <http://www.china-review.com>；民事案例：“四川出现全国首起亲吻权索赔案”。

③ 见《最高人民法院关于幸伟克与张晓杰抚养子女纠纷申请再审案的复函》，最高人民法院（1991）民他字第53号，1992年1月24日。

④ 例如在一起案件中，原告基于合同法上的请求权，请求被告支付三台开关柜的价款3万元。由于证据不足，被判败诉。后来，原告又基于不当得利请求权，以同一事件，起诉请求被告返还三台开关柜。法院受理后以超过诉讼时效为由驳回其诉讼请求。

⑤ 例如要求原告就全部事实以及诉讼请求陈述，法官斟酌裁判。

⑥ 例如根据原告所举证据，哪一种请求权对原告有利，就依哪一种请求权裁判。

之债的请求权和基于违约之债的请求权的分类失去了意义，但实际上这两类请求权之间还是有不同之处的。

我们认为，不同的请求权代表着民法对法律关系的分类调整，同时也是实体法为当事人提供的多种保护途径。从诉讼法的角度看，多样的请求权是实体法为裁判提供的多种依据。既然如此，实体法就没有理由规定当事人只能行使其中一种请求权而不能行使其他的请求权，也不应规定当事人在行使一种请求权未获满足后不得再行使其他的请求权。如果当事人行使一种请求权获得满足，其他请求权存在的事实基础就随之消灭，请求权本身自然也就消灭了。因此，请求权竞合在诉讼中产生的问题主要还不是对请求权的选择问题，而是一种请求权经行使未获满足后，其他请求权是否仍然存在并可以继续行使的问题。在前述例子中，甲将乙使用的一台电脑盗去，根据不同的实体法规范，乙对甲享有不当得利返还请求权、所有物返还请求权、占有物返还请求权以及占有回复关系请求权等数个请求权。乙若先主张所有物返还请求权并获得满足，则他的所有物返还请求权因行使而消灭，其他的请求权也因产生的事实基础不再存在而随之消灭。如果乙的所有物返还请求权未获满足，他的所有物返还请求权因行使而消灭；但是由于电脑仍然被甲占有，乙的其他请求权产生的事实基础仍然存在，而且这些请求权尚未行使，因此这些请求权并未消灭。这种情形下才产生余下的请求权是否可以行使的问题，也就是请求权竞合问题。而在这种情形下，如前述，既然这些请求权产生的事实基础仍然存在，而且这些请求权也未经行使，法律没有理由限制当事人行使余下的请求权，尤其民事实体法中调整某一类民事法律关系的部门法不应当限制当事人依据调整其他民事法律关系的部门法律所应当享有的权利。因此，通过实体法自身在特定情形下限制当事人行使某些请求权的途径来解决请求权竞合问题，是不够合理的。况且，请求权竞合的情形较多，要求民事实体法在每一个部门法中都对请求权竞合问题作出规定是不现实的，并且这些规定之间要做到完全协调也是有困难的。基于此，我们对《合同法》第122条关于“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选

择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”的规定持保留意见。

既然在实体法内部解决请求权竞合问题存在着法理以及现实的困难，那么在诉讼法中能否寻找到合适的解决途径？如前所述，长期以来，诉讼标的理论在解决请求权竞合问题上一直存在着两种思路。一种是传统诉讼标的理论，以原告主张的实体请求权为诉讼标的，这一理论的缺陷前已述及；另一种是新诉讼标的理论，将诉讼标的从请求权概念中解放出来，其主流学说包括二分肢说和一分肢说的理论。如果我们将原告在诉讼中的主张在逻辑上进行分解，则包括自然事件→实体请求权→诉的声明三段，传统诉讼标的理论是以中间的一段作为诉讼标的；新诉讼标的理论的二分肢说是将两端作为诉讼标的；而一分肢说则是将最后的一段作为诉讼标的。因此，新诉讼标的理论实际上是将当事人关于实体请求权的主张弃之一边，不以实体请求权主张为诉讼标的的识别标准；这样一来，固然部分地解决了传统诉讼标的理论在请求权竞合情形下所遇到的关于诉的合并与变更，重复起诉以及既判力客观范围的确定问题。但是这种纯粹从降低诉讼成本、提高诉讼效率的诉讼法学的角度考虑问题的方法，却没有回答原告关于实体请求权的主张在诉讼中居于什么样的位置以及法院的判决是否也能够摆脱实体请求权约束的问题。如果裁判的依据仍然是原告的实体请求权的主张，那么原告同时主张的复数的请求权在裁判中如何处理？如果仅取其一或者原告只主张其中之一并且原告关于实体请求权的主张未获满足，则裁判以后禁止原告再诉不仅不符合实体法的原理，也不符合程序公正的原则——无法说明未经主张和裁判的实体请求权，为什么不能再诉。

我们认为，解决请求权竞合情形下的诉讼标的的问题，还须从实体请求权的本质和诉讼的目的出发，寻找它们的逻辑结合点，在这一个点上来说明问题和解决问题。如前所述，依通说，权利是享受特定利益的法律上的力，而请求权是要求特定人为特定行为（作为或者不作为）的权利。当事人享有权利，表明当事人应当享受特定的利益。这一特定利益之所以表现为权利，是因为有法律上的力来保证。而这法律上的力表现为请求权。请求权之所以

是法律上的力，又是因为可以通过诉讼来强制实现。因此，当事人基于权利受损害的事实诉至法院，并主张其请求权，其根本目的是为了通过法律来强制实现其特定利益。因此，作为当事人争执以及法院审理和裁判对象的，实际上是这特定的利益。权利只是法律提供给当事人实现其特定利益的手段。换言之，从请求权的本质出发，逻辑地延伸至当事人的诉讼目的，就可以发现，作为民事诉讼标的的，应当是当事人在诉讼中主张的特定利益，请求权只不过是当事人攻击防御的手段和法院对当事人主张的特定利益进行裁判的依据。在请求权竞合的情形，构成复数的是这种手段，当事人的特定利益仍然是唯一的，所以诉讼标的也是唯一的。因为当事人在诉讼中关于特定利益的主张表现为诉的声明，所以诉讼标的应当是原告诉的声明。由于诉讼标的是原告诉的声明，而竞合的请求权是原告攻击防御的手段，所以原告可以在一个诉讼中自己决定如何主张其请求权，他可以选择其一，也可以同时提出，还可以依次提出。无论原告如何提出，均不影响诉讼标的的唯一性。同时主张数个请求权，不构成诉的合并，从主张一请求权转为主张另一请求权，也仅是攻击防御手段的变化，不构成诉的变更。当事人在诉讼中未提出的请求权，视为放弃该种攻击防御的手段，不得再行起诉。但是，在审理中，法官须于必要时履行其释明义务，告知当

事人可以作为攻击防御手段的竞合的请求权的种类和个数，未履行此一义务的，应当构成再审事由。由于请求权须基于一定的要件事实才能成立，所以原告将请求权作为攻击防御手段进行主张时，必然要主张作为请求权产生基础的要件事实，而要件事实是经法律评价后的自然事实，所以原告在主张要件事实时必然要提供自然事实。可见，虽然诉讼标的是原告诉的声明，但作为诉讼标的识别要素的，除诉的声明本身外，必要时还包括自然事实。换言之，裁判的既判力及于一自然事实之上的声明的全部内容。需要说明的是，我们在这里将诉讼标的界定为诉的声明，与前述伯特赫尔（Botticher）和施瓦布（Schwab）的一分肢说并不相同。首先，伯氏与施氏主张的一分肢说，纯粹是从诉讼法的角度出发，为解决诉讼标的识别问题而提出，而我们的结论是从实体请求权的本质出发，进行逻辑推演所得出的；其次，由于伯氏与施氏主张的一分肢说纯粹是从诉讼法的角度来看问题，所以他们的理论中未对在诉讼中如何处理复数的请求权作出说明，而我们的推理结果是复数的请求权在诉讼中是当事人攻击防御的手段；另外，施氏的一分肢说无法解决既判力客观范围问题，只好又将事实概念引入诉讼标的，因而无法保持其理论的一贯性，而我们是将事实作为必要时诉讼标的识别标准的构成要素之一，而不是诉讼标的本身的内容。

（责任编辑：汤维建）