

# 诉讼标的理论“内卷化”批判

吴英姿\*

**内容提要** 在大陆法系民事诉讼理论中,诉讼标的被当作识别更行起诉、诉的变更与追加、既判力客观范围的试金石。请求权竞合问题暴露出诉讼标的理论的短板,由此引发争论。学者们从修正诉讼标的概念开始,陆续提出诉讼标的的识别、争点效、相对的诉讼标的理论等等,致使诉讼标的理论在内部不断地精细化,却始终围绕原初问题停留在原地,出现了理论的“内卷化”。看上去精细深邃的理论,因其过于繁复且难以自圆其说而蜕变为纯粹的书斋学问,不仅不为司法实践所青睐,也未能影响相关立法,成了没有用武之地的“屠龙术”。导致诉讼标的理论内卷化的原因主要是研究方法上的缺陷。批判诉讼标的理论内卷化现象,不仅对突破诉讼标的理论瓶颈有其必要性,也在一般意义上对法学研究有警示价值。

**关键词** 内卷化 诉讼标的 诉权 诉的要素 中层理论

## 一、问题与分析工具

吉尔茨(Clifford Geertz)在研究爪哇殖民地和后殖民地时代的水稻农业中发现,爪哇农业生产属于劳动力填充型,不断重复简单再生产。尽管这种农业模式并没有导致人均收入的明显降低,但它阻止了经济的发展,人均产值长期原地踏步。他用“内卷化”(involution)概念来表现这种停滞不前的社会状态。<sup>①</sup>后来这一概念被其他学者广泛用于分析特定国家和地区社会变迁和政治经济文化发展问题,<sup>②</sup>从而使得这一概念的内涵逐渐得以确定。内卷化是指一种社会或政治、经济、文化模式发展到某个阶段形成一定的形式后就停滞不前,只是在内部变得越来越复杂而无法向新的、更高级的形式变迁的状态。尽管这个概念本来是用于有关社会或文化模式的社会学研究的,但对于以学术为目标的理论研究也有分析力。本文尝试以此为分析工具,就诉讼标的理论的内卷化现象及其成因进行剖析,从中发现一些别样的启发。

从事民事诉讼学研究的人私下都承认,诉讼标的理论是由“请求权竞合”问题引发的一个理论“怪圈”。之所以说是“怪圈”,一方面是诉讼标的一直被奉为“贯穿于自起诉到判决的民事诉讼始终”的基本概念,并且它的作用被提到极高的高度——被标定为识别此诉与彼诉或更行起诉、诉的合并、诉的变更、既判力客观范围等四大问题的试金石;另一方面这么重要的一个概念却长期处于定义含糊、争论不休的状态。而引发这场“持久战”的原初问题就是请求权竞合状态下的诉讼标的的界定难题,相关争论始终围绕着“如何把握诉讼标的的范围”及“以什么作为识别诉讼标的的基准”而展开,引无数学者“竞折腰”。在长达一个多世纪的讨论里,学者们前赴后继地提出了很多定义和学说,却始终没有一个学说敢于标榜自圆其说、无懈可击。新的观点总是被挑战,始终没有形成共识,还连带地牵制了重复起诉审查、既判力理论客观范围等规则的理论研究与立法。说得刻薄一点,这场论战的唯一战果可能仅仅是造就

\* 南京大学法学院教授,法学博士。本文系国家社科基金项目“作为人权的诉权理论——基于诉讼程序的实证研究”(项目批准号:08BFX062)的阶段性研究成果。

① Clifford Geertz, *Agricultural Involution: The Process of Ecological Change in Indonesia*, Berkeley CA: University of California Press, 1963, p80.

② 戈登威泽在研究哥特式艺术的发展,黄宗智在研究中国明清时期华北与长江三角洲的小农经济发展,杜赞奇在研究中国社会在民国前期国家政权的控制模式时,都曾用这个概念作为分析工具。

了一批“理论大家”。就在理论家们层出不穷的新观点、新论证下,诉讼标的理论出现了“内卷化”现象:“判决以诉讼标的为限有既判力”的命题像一架铁笼,牢牢锁定了诉讼标的理论的外部框架,尽管学者试图有所创新,但始终没有能够突破这个牢笼而实现质的超越,研究只能在概念修正和局部论证等细节进行挖掘,导致理论的发展呈现出“内部精细化”的状态——概念变得越来越精细、理论架构越来越复杂。理论的内卷化也把诉讼标的理论逐渐塑造成了“屠龙之术”,因其理论的深奥复杂和自相矛盾而无法付诸操作层面,与司法实践的具体需求渐行渐远,其实用价值除了供学者费九牛二虎之力把千层饼般的理论层层剥开后产生沾沾自喜的满足感外,并不为判例所青睐。

诉讼标的理论研究是如何走进死胡同的?在经过了多国学者马拉松式的挖掘与拓展之后,可能需要一种知识考古的方法才能走出迷宫并探索该理论回归之路。本文无意也无力将历史上出现过的浩繁的研究成果一一重述,而是希望通过梳理该理论的嬗变史来探寻其知识系谱与生长脉络,从中揭示问题的谜底。在这里需要做一个必要的说明,即诉讼标的理论的实践意义之一是划定既判力客观范围,因此学者们最终都是用既判力客观范围来验证自己的学说,认为如果在既判力客观范围上不能做出合理的说明,那么这种诉讼标的论的科学性与完整性就是值得怀疑的,故诉讼标的理论与既判力理论唇齿相依。本文虽然以诉讼标的理论为研究对象,但不可避免要涉及到既判力理论。

## 二、诉讼标的理论内卷化分析

### 1. 概念的复杂化与多元化

关于诉讼标的概念先后出现了实体法说(旧说)、诉讼法说(新说)、新实体法说等,其中的新说又分为一分肢说、二分肢说。这些学说并非先后继替,而是互相展开论战,始终并存。在论战的过程中,各种学说为了应对反对者的批判,不断修正自己的定义,其结果是导致这一概念的定义混乱,诉讼标的成了可以多维度、多层次理解,内涵和外延均可以随诉讼种类、诉讼阶段而变动的东西。

德国1877年制定的《民事诉讼法典》中并没有使用诉讼标的概念,而是用了“请求”或“请求权”。学者们在解释法律时一般认为,立法者在提到请求权时,想到的是实体法请求权。<sup>③</sup>德国法学家赫尔维希第一个提出,应当将诉讼标的与实体法上的请求权加以区别,<sup>④</sup>从诉讼的解读来界定诉讼标的,<sup>⑤</sup>将诉讼标的定义为原告向法院起诉主张的实体法权利。后来这种用实体法上请求权来界定诉讼标的的观点被称之为旧诉讼标的说。由于诉讼实践中诉的类型长期以来只有单一的给付之诉,这一概念在很长时期内没有任何问题。<sup>⑥</sup>诉讼标的概念出现问题始于形成之诉和确认之诉的出现。因为形成之诉和确认之诉都不是要求确认民法上的请求权,而是要求确认和改变某种法律关系,实体法上请求权概念对这两种诉的诉讼标的就没有解释力。更大的困难还在于请求权竞合问题。民法上就同一给付请求权同时规定了多个规范条款的,如果承认每个请求权单独构成一个诉讼标的,那么当事人可以逐个地以各个请求权为事由,提起多个诉讼而不违反重复起诉禁止规则(学者称之为“逐点的诉讼标的”)<sup>⑦</sup>,其后果有可能导致:(1)被告因一个法律行为遭受多重追诉和法律责任的风险;(2)法院就同一纷争反复裁判,做出矛盾判决;(3)允许当事人多次提起诉讼而背离了诉讼解决纠纷的目的。学者寻求通过修改诉讼标的概念来解决上述问题,新的诉讼标的概念因此产生。

新概念主张以当事人声明的要求法院裁判的法律效果——“请求”——作为诉讼标的,结合当事人

③ 这一概念由温德沙伊德(Windscheid)在其1856年的著作《罗马民事诉讼法》中引入德国法学理论。[德]罗森贝格、斯瓦布、戈特瓦尔德《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第671页。

④ 赫尔维希是第一个从诉讼法的角度来诠释诉讼标的的人,他的独立于实体法上请求权的“诉讼法上的请求权”概念为诉讼法学从实体法学中独立出来,构建自己的概念与理论体系奠定了基础,后人尊之为“诉讼法学之父”。

⑤ [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第88页。

⑥ 前引⑤,第86页。

⑦ [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203页。

主张的案件事实(或“生活事实”)进行识别,只要请求是同一的、所依据的生活事实是同一的,无论法律依据上有多少个请求权存在,都是一个诉讼标的(所谓二分肢说)。在此基础上,有学者提出,鉴于“生活事实”是否为同一在有些案件(如离婚案)中的识别也很模糊,仅根据当事人的请求就可以界定诉讼标的(所谓一分肢说)。但是,学者们发现自己陷入了一个两难处境:新诉讼标的概念有可能导致当事人没有想到的、没有在诉讼中提出过的请求权被法院判决所覆盖,对当事人造成裁判突袭。

因为新、旧诉讼标的说均不能在保障当事人诉权与维护既判力方面实现两全其美,于是从实体法角度界定诉讼标的的观点再次回潮,出现了所谓“新实体法说”。该说反对过分强调诉讼法的独立性,认为应当考虑其与实体法的关系,请求权竞合属于实体法问题,要通过建立新的请求权概念来解决诉讼标的为复数的问题。但是,持诉讼法立场的学者们立即批评说,民法为各个请求权分别规定了不同的诉讼时效,当事人的证明责任也不一样,因此用“统一的实体请求权”解决请求权竞合问题难度反而增大了。<sup>⑧</sup>

如果说此前的学说在表面上有一个共性,那就是力求探寻统一的诉讼标的识别基准(或是可以用来给诉讼标的下定义的本质属性),那么上个世纪50年代出现的“相对的诉讼标的说”则放弃了这种企图。有的学者提出应当区别诉讼中的诉讼标的与诉讼终结后的判决标的,二者不一定要完全一致;有的主张应当按照个别的诉讼状态决定采用一分肢说还是二分肢说,建立灵活的、内容可变的诉讼标的概念。<sup>⑨</sup>在他们的概念体系中,诉讼标的本质属性可以是多元的、变动的,有时甚至是前后不一的。

给各种学说一个透视图就可以看到,无论哪种学说都是在原告的起诉内容中寻找确定诉讼标的的基准。如果把原告的起诉内容分解为“原因事实(生活事实)——法律依据(实体法上的请求权)——诉讼请求(诉的声明)”三个要素的话,旧说是以“实体法上的请求权”为诉讼标的的本质属性,新说则是取两头,或者以“生活事实——诉的声明”,或者单取“诉的声明”为诉讼标的的本质属性。而相对的诉讼标的说则主张,不同的诉讼类型、不同的诉讼阶段,分别可以灵活地在原因事实、请求权和诉的声明中选择作为诉讼标的的本质属性。这无疑导致概念的不同一。所以鲍尔(Fritz Baur)评论道,各家学说“其见解差异之大,谓其对于概念之说明有所贡献,倒不如谓其只有增加混乱。”<sup>⑩</sup>

2. 研究被锁定在法律解释论建立起来的理论框架中无法突破,只能在局部深化、精细化,理论繁琐主义盛行

《德国民事诉讼法》第322条规定“判决,就以诉或反诉提起之请求所为之裁判为限,有既判力”。该条被旧说解释为“判决以诉讼标的为限有既判力”。囿于法解释论,长期以来“诉讼标的=既判力范围”的命题已经成为学者们的思维定式,诉讼标的成为识别此诉与彼诉、划定既判力范围的唯一标志。各种修正诉讼标的的学说无一例外都是围绕请求权竞合时既判力范围的问题而展开,即便是强调独立于实体法的诉讼法视角的新说,其通过“请求+案件事实”确定诉讼标的的方案也不过是“将实体法上请求权具体化”的思路,仍然没有跳出旧说建立的架构。此后的理论发展呈现出在内部局部深化的状态,其“创新”表现为:局部理论的深度不断增长、新概念层出不穷、论证的理由愈发多元以及理论的细节更加精密。这在日本学者的研究中体现得尤为突出。

诉讼标的理论局部精细化的突出表现之一是对请求权竞合问题的深挖。比如奥田昌提出“请求权二重构造方式”的思路,认为在请求权竞合情形中,该请求权的属性可能存在物权性质与债权性质的重叠,应当从发生竞合的数个观念性请求权之中进行合理的取舍选择。不过他并未说明如何进行选择,因此被讥为“一个精致且颇富含蓄意味的学说”。上村明广写了一系列的论文,论证自己的“属性规范统

⑧ 前引③,第673页。

⑨ 详见李龙《民事诉讼标的理论研究》,法律出版社2003年版,第72-78页。

⑩ Fritz Baur《德国诉讼标的的理论状况》,载陈荣宗《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435页。

合方式”方案,主张根据各个实体法规的含义与目的来赋予请求权合目的的属性。四宫和夫更是写了一本专著《请求权竞合论》,仔细地批判了上述两种学说后,提出自己的解决方案:应当对包含构成要件在内的全规范都予以统合,以达致“一个权利具有一个要件与一个效果”的明快的观念构成。但是,四宫的“明快的”理论模型理想却被认为是“非常费解的”,甚至对“应该如何把握诉讼标的”的核心问题也没有做出正面的回答,因此该说“在多大程度上可以获得成功,还是不得而知”。加藤雅信在从实体法规规范之间的调整问题之视角,提出了“统一的请求权”概念来把握诉讼标的,设计了“纵型”和“横型”的统一请求权两种模型。在所谓纵型统一请求权中,作为诉讼标的的统一请求权属性决定应当根据各个部分所对应的请求权的实体法规来规范来进行,对于各个实体法规规范之间的关系可以依据某种法则来进行评价。所谓横型统一请求权,如请求损害赔偿请求诉讼中,当事人同时可以主张侵权与债务不履行等请求权,二者之间不存在先后依次主张、抗辩而发生交错的关系,因此,其实体法属性的决定必须个别地进行。但加藤的观点被指出“与新诉讼标的论没有多大变化”,而且该说想做出圆满的说明也不容易。还有学者专门致力于“票据债权与原因债权竞合问题”的研究,也涌现了许多学说,限于篇幅不再赘述。<sup>①</sup>

诉讼标的理论的精细化还体现在作为理论检验试剂的既判力客观范围的研究中。最有代表性的是新堂幸司提出的“争点效”理论。他特别解释争点与诉讼标的的区别在于,诉讼标的是判决对象,争点是作为推导出判决结论的手段。在对后诉发生的通用力而言,争点效与既判力具有同样的作用,但二者的区别除了争点效发生有严格的条件限制外,还在于两者的根据不同:争点效以当事人之间公平观念为根据,既判力则是旨在保障纠纷解决制度的实效性。有反对者认为该理论缺乏理论成熟性,有关要件也不明确。针对这样的批评,新堂就争点效发生的条件又增加了一条“前诉与后诉的系争利益几乎是同等的”。但是关于什么是“系争利益几乎同等”又引发了争议,新堂不得不进一步细化该要件的识别标准,提出“前后诉经济价值的同一性”为判断标准,即在主文判断中所解决的系争利益的经济价值,在前诉请求与后诉请求中必须几乎相同。如果前诉的系争利益过小,进而无法与后诉的系争利益相比较,那么即便两者是共通的且在前诉中作为主要争点进行过争议,也不能妨碍当事人在系争利益更大的后诉中再度提出争议。至于争点效与确定判决的遮断效之间关系如何的质疑,新堂根据“主要争点”与“具有正当解决期待的争点”之间一致与否和背离程度,又提出了四个“模型”,大致的意思是:如果二者完全一致,那么争点效与遮断效重合;如果二者相异,那么背离的程度越大,争点效的作用就越突出。<sup>②</sup>争点效理论虽然吸收英美法系国家司法制度的片段(如争点排除效)和思想(正当程序与程序保障),力求有所创新,但仍然没有突破德国诉讼标的理论的基本框架。

其实,二战后的日本诉讼标的理论研究一度出现突破旧格局的势头,但终未成气候。日本司法制度在二战之后受美国当事人主义司法制度和程序正义观念的影响,发生了很多变化。在两大法系制度与理论的交互影响下,日本民事诉讼法学进入了一个所谓的理论激变时期,基础理论研究充分展开,理论及方法的创新非常活跃。有学者受程序保障理论影响,提出了一种完全脱离诉讼标的标准的“责任效力理论”。这种学说从质疑诉讼标的作为既判力客观范围的唯一基准入手,认为抽象的诉讼标的并不能成为具体个案判决效力范围的依据,而诉讼过程中当事人的行动以及享受了程序保障的当事人自我责任才是既判力的根据,<sup>③</sup>即依据当事人的程序责任范围为依据,参照诚实信用原则与平衡原则来确定既判力效力范围问题。<sup>④</sup>但是,这种观点无法提供一种象诉讼标的那样统一的、明确的、稳定的可以明示既判力范围的标尺,对当事人行动和是否实现了充分的程序保障的判断完全委诸法官,而这在大陆法系的司法技术当中被认为是不可靠的,该学说的实用性在司法实践中遭到质疑。新堂幸司为代表的流学

① [日]高桥宏志《民事诉讼法——制度与理论的深层次分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第35-38、115-118页。

② 详见前引①,第501-507页。

③ 林剑锋《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版,第7、121页。

④ 陈荣宗、林庆苗《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第644页。

说的学者最终还是退回到传统诉讼标的理论中,试图通过统合诉讼标的理论与程序保障的观点来寻求问题的答案。“判决以诉讼标的为限有既判力”的命题如同一架铁笼,诉讼标的理论恰似“笼中鸟”,理论发展被牢牢禁锢于铁笼的框架之内,创新的努力只能是在局部进行深挖、细描和精修。

### 3. 论证醉心于逻辑上的自洽,导致理论脱离实际

诉讼标的各学说立论的共同特点是,以批判他人学说中的瑕疵为出发点,且这种先破后立的研究方式往往局限于批判对象事先划定的框架与思路内。比如,各种诉讼标的的概念互相批判都没有跳出传统学说设定的框框:即单纯考察原告起诉内容,围绕原告诉请中的案件事实、法律依据和诉讼请求寻找诉讼标的的识别标志,学说之间的差异不过是舍此拾彼而已。更重要的是,学者们在理论论证上片面追求逻辑自洽,脱离实际经验。

诉讼标的理论脱离实际的一个典型表现就是,理论预设与司法实际不符。无论新、旧说,之所以将诉讼标的当做诉的识别与既判力范围的基准,是建立在这样的预设前提下:当事人对整个诉讼的关注及攻击防御都是对准诉讼标的层面的事项而展开的,案件事实和先决法律关系不是诉讼标的,当事人可能不会很关注而未尽到充分的攻击防御行为,因此不必认真地争执。如果将既判力范围放大到判决理由,就可能对当事人没有充分注意、尽力争执的事项发生既判力,给当事人以裁判突袭。如果当事人希望对事实和先决法律关系的法院判断发生既判力,就必须按照民事诉讼法(如德国民事诉讼法第256条第2款)的规定提起中间确认之诉。其实在一个诉讼案件中,案件事实、法律依据和具体请求中哪些是当事人争议的重点是因案而异的,事先把当事人的关注点圈在诉讼标的的范围内,无异于削足适履——这是一个纯粹从法条中来、脱离实际的命题。从学者设计的法条出发为论证前提,再回到学者追求的法条效果,不仅构成了循环论证,而且将丰富多彩的诉讼实际抽象为苍白的命题后,反而将简单的问题复杂化了。

另一个表现是,论证多建立在主观假设的问题上,其中很多是伪问题,因此推导出的结论也是伪命题。在此仅引用学者论著中千篇一律的两个例证:其一,原告将房屋租赁给被告,现在想起诉被告要求其腾退房屋,如果原告依据所有权提出请求胜诉的,被告还可以依据双方存在租赁关系提起诉讼;其二,原告基于所有权要求被告返还财产胜诉的,被告可以就合伙关系不成立提起诉讼。如果让实务界的人来看这些例子及其论证,一定会哑然失笑:这些假设太不符合实际、与人们的常识性判断有明显距离——如果被告对原告主张权利所依据的事实和法律关系存在不同意见,必然在诉讼中提出抗辩,而不会放任自己遭受败诉结果,然后再针对这些事实或法律关系提起一个(甚至一连串)后诉来亡羊补牢。所谓裁判突袭的担忧未免有点儿主观臆断。而且在这种凭空而来的担忧之下设计的制度更是漏洞明显:当事人完全可以滥用该制度制造一连串的诉讼,与“一个纷争一次解决”的诉讼制度目的相背离。

还有,一些论证混淆个别问题与一般问题,或者将或然性问题当做必然问题来构建自己理论的预设前提,结果常常是顾此失彼:解决了个别问题又冲突了一般理论,破坏了理论上的整合性。如关于票据债权与原因债权竞合问题的论证。票据法律关系虽然与原因债权之间有联系,但当事人有独立的抗辩权,因此当事人以票据关系提起的诉讼有独立性。当事人在一个诉讼程序中同时提出两个诉或者分别提起两个诉讼,均不会导致实体法秩序的混乱,这是票据的无因性、文意性等法律属性所决定,单独用诉讼标的一般理论作为分析工具是不够的。无视这个特点,硬要将票据债权与原因债权的纠纷纳入诉讼标的的理论中,当然导致特殊问题与一般原理之间的冲突。再比如离婚诉讼,变换离婚原因起诉是否导致重复诉讼的问题也引发了学者的争议。这是无视婚姻等家事诉讼的特殊性,与一般诉讼混为一谈而将理论拖入陷阱。

### 4. 创新之源被权威话语所阻塞,理论长期停滞不前

表面上看,有关诉讼标的理论的研究盛况空前,成果丰硕,但俯瞰理论研究总体,其景象却令人沮丧:没有一个学说敢于说自己圆满地解决了原初问题,难得有斗胆提出突破传统理论框架的学说也很快被掌握“权威话语”的主流派淹没。诉讼标的理论的发展趋势甚至有极端化端倪,有的学者因此采取折

衷立场,有的干脆逃避,拒绝研究诉讼标的理论。如鲍尔所说的,诉讼标的在德国已经并非民事诉讼法学最关心的事情了。近年来的著作中,对于诉讼标的的问题也少有突破性的论及。<sup>⑮</sup>

不仅如此,诉讼标的理论在细节过度膨胀的同时带来相关理论的局部萎缩,比如既判力的遮断效。遮断效的内涵是:由于法院判决是根据当事人提供的和法院调查形成的诉讼资料产生的,而且三审制中的上告审(第三审)是法律审,法院原则上不进行任何关于事实的言词辩论程序,当事人不能再提出新的事实资料,因此判决建立在事实审当事人最后一次言词辩论结束前提出的事实材料基础上。鉴于民事法律关系存在发展变化的可能,故发生既判力的判决只确认特定时刻的权利状态,而不是所有未来的权利状态。<sup>⑯</sup>为了维护既判力,前诉法院所作出的对案件事实的认定和法律评价都不能被攻击,故以“最后一次言词辩论结束时”为基准时,法院就该时点前的案件事实和权利义务关系存在与否为基础所作的判决发生既判力后,在基准时前已经存在的事由(攻击防御方法),不问当事人在该诉讼之言词辩论中是否主张,也不问他没有主张是否存在过失,其主张权均因既判力而遮断,<sup>⑰</sup>易言之,此后(包括第三审、后提起的新诉)都不允许相同当事人对前诉判决认定的案件事实提出新的证据、作出不同说明(包括所谓“新的科学认识”)。<sup>⑱</sup>理论上说,因为有遮断效的作用,判决理由中的判断当然对(当事人相同的)后诉有拘束力。但是,因为与诉讼标的决定既判力效力范围的命题相左,遮断效概念及其实践价值在很大程度上被有意无意地回避或者遗忘了。<sup>⑲</sup>

### 三、诉讼标的理论内卷化的根源

#### 1. 德国人的唯理论思维方式与科学主义方法论

诉讼标的理论的目标是以统一的诉讼标的概念为尺度,为诉的识别和既判力范围的划定提供清楚、确定的标准。这与以唯理论为核心的欧洲大陆哲学观念和思维方式相契合。唯理论不相信经验而推崇理性,认为观念本身是最清楚明白的,因为它是天赋的;相反,经验是多变的,不可靠的。人们认识事物就是将经验与观念进行对比,如果符合观念就是真的,否则就是假的。在这里起决定作用的是理性的演绎和推理。在法律观念上,就是必须先制定出一部法典。所谓法典,就是一些清楚明白的观念的集合。人们以之为判断的依据,符合法典的就是对的,反之就是错的。司法就是法官通过将事实与法条进行对照,然后用严格的逻辑推理来判断案件事实的合法性。<sup>⑳</sup>唯理论在韦伯理论中被提到又一个高度。韦伯模仿自然科学研究方法,按照科学主义的标准来构建自己的理论体系,希望达到如爱因斯坦的相对论一样的“简约”而又具有“伟观意义”的境界。科学理论的一个预设前提是:客观世界(包括自然界和人类社会)具有某些基本的属性和过程,可以用来解释具体环境下一定事物的发生、发展和消灭的现象。由于涉及到事物的原理,科学理论的表述必须是抽象的、超越具体经验事实的。换句话说,科学理论关注的不是具体条件下人们的具体行为和互动,而是一般意义上人类行为的本质。科学理论是基本的、普遍的,同时是可以通过一定的方法用具体情形对其进行系统检验的。正因如此,科学理论的表述不仅比日常用语更注意规范性,而且尽量选择中性的、客观的和明确的术语,使其对所有的检验者保持统一的含义。<sup>㉑</sup>为了揭示各种社会现象及其相互关系,韦伯感到首先需要对各种相辅相成的社会关系作出清晰的定义、分类,并予以系统化,以便在观察和分析某种具体的社会现象时可以根据某种分类方法进行

<sup>⑮</sup> 前引①。

<sup>⑯</sup> 前引⑦,第332页。

<sup>⑰</sup> 骆永家《既判力之研究》,三民书局1981年版,第8页。

<sup>⑱</sup> 前引③,第1170页。

<sup>⑲</sup> 也有学者(如罗森贝格、哈布夏等)为了避免与诉讼标的理论相冲突,刻意把遮断效解释为与既判力并列的另一种效力——判决的失权效,只是二者的目的均为追求法的安定而已。但该观点过于牵强,并未获得多数人的认同。前引③,第21页。

<sup>⑳</sup> 陈小文《程序正义的哲学基础》,载《比较法研究》2003年第1期。

<sup>㉑</sup> [美]乔纳森·特纳《社会学理论的结构》,华夏出版社2001年版,第1-2页。

整理、归类、比较,达到促进人类思维和利于后人查询、研究的目的。为此,韦伯创造了一整套他称之为“理想类型”的概念体系(比如合理性、合法性等)来阐述某种社会现象。比如,他用“形式合理性”来分析大陆法系的法律现象,指出大陆法系是一种注重法律活动中逻辑解释的抽象方法来完成制度化过程的范式,“即通过逻辑手段来进行汇集和合理化,使得有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题”。<sup>②</sup>

唯理论和科学主义研究方法也对大陆法系法学理论研究产生深远影响,不仅造就了“以理性建构法学”的潘托克顿学派,而且深刻影响了德国立法。1896年诞生的《德国民法典》被誉为“几乎完美地运用有关形式逻辑的知识,把一种法学理论、一部法典组织并表达出来,并成功地使审判实践遵循这种安排。”其追求的“司法推理过程技术化,把技术问题理论化,把理论概念化,把概念抽象化,把抽象极致化,把所有因子体系化”境界逐步成为大陆法系的法文化传统。<sup>③</sup>《德国民事诉讼法》也是这一时期的产物。诉讼标的理论与有关既判力客观范围的立法淋漓尽致地展现了这一法学传统:用统一的概念和高度抽象的命题一劳永逸地解决各种具体问题,并藉实体法的确定性来达致诉讼标的识别标准的明确化和可预见性。如罗森贝克等所言,德国学者关于诉讼标的理论研究的动机是,试图从实体规范出发,以请求权内容为基准探寻建立诉的合并、诉的变更、诉讼系属(重复诉讼)、既判力客观范围等制度的识别器,希望“将上述所有问题范畴都能够以统一的请求权概念或者诉讼标的概念为基础”,认为这样“将会简化诉讼法体系”。<sup>④</sup>德国法学传统及其理论成果藉由法典的传播影响了诸如日本、我国台湾等国家和地区的民事立法以及学说理论。虽然在法学发展过程中,对于这种唯理至上的思维也出现了诸多的反省与批判,但以德国为首的大陆法系诸国,无论是学说还是立法,都没有从唯理论传统强大的压力下面释放出来。<sup>⑤</sup>因此,尽管近来诉讼标的理论出现了一些挑战的声音,主张更多从过程而不是法律条文的逻辑来解决诉讼标的与既判力客观范围问题,但因与大陆法系法律的理性结构及法学研究的理性主义格格不入,而被认为“不入流”,总体上未能动摇诉讼标的理论的基本格局。

## 2. 德国普通法时期形成的普通诉讼传统

德国普通法时期的普通诉讼强调对法官自由判断的限制,形成了许多固定的限制性程序规则。那时的普通诉讼以非公开和书面审为特征,确立了辩论主义、同时提出主义和法定证据主义。其辩论主义与今天的当事人主义或者辩论原则有本质的不同,基本特征是:诉讼以法官审理双方当事人的书面辩论的方式进行。诉讼程序严格分为“主张程序”和“证据程序”两段。主张程序从原告递交诉状开始,被告必须在规定期限内提交答辩状(可以有三次答辩),每次答辩都要提出所有主张。当诉讼进入证据程序阶段,当事人就不可以提出新的主张。由于完全采用书面审理,普通诉讼的程序进行得艰难而缓慢。直到1793年的《普鲁士国家通用法院规则》才逐步取消了僵化的辩论主义及同时提出主义,用法官与当事人的直接交流、了解案件事实的方式取代单一的书面辩论方式。19世纪始,受到法国民事诉讼法的影响,德国民事诉讼法逐渐接受和采纳了口头、直接审理原则和自由心证规则。<sup>⑥</sup>但是,立法力求精细与稳定的传统没有改变。为了保证法的安定性,立法者表达出对司法人员恣意或主观臆断的高度警惕,认为立法越精细,对法官的限制就越严。诉讼法基本上被认为是一种限制司法人员主观能动性的法律制度,一种精密司法的司法运作风格因之形成。所以在《德国民事诉讼法典》制定的时候,尽管许多僵

<sup>②</sup> 韦伯认为,法律本身在不同过程中因法律思想所起作用不同而可以在不同意义上“合理化”,包括形式合理性(Formal Rationality或工具合理性)和实质合理性(Substantial Rationality或价值合理性)。实质合理性是指法律问题是在道德命令、功利或者其他实用的规则以及政治信条等规范的影响下解决的。形式合理性则是通过将抽象的意义解释加以逻辑上的一般化来解决法律问题。[德]韦伯《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社1998年版,第60-62页。

<sup>③</sup> 田晓安《现象与解释——德国民法的法解释学分析》,方流芳主编《法大评论》(第一卷第1辑),中国政法大学出版社2001年版,第137页。

<sup>④</sup> 前引③,第671页。

<sup>⑤</sup> 王娣、钦骏《民事诉讼标的理论的再构筑》,载《政法论坛》2005年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见前引③,第27-30页。

化的规则已经被更加灵活的直接、言辞审理程序所取代,但一些旧制度的遗迹还是保留了下来,比如“诉的变更禁止规则”。德国1877年《民事诉讼法》规定:非经被告同意,原告不得变更诉。日本1890年的《民事诉讼法》照抄德国法,亦采取诉之变更禁止原则,在第一审中原告须经被告同意始得为诉之变更,在第二审则绝对不许为之。我国台湾1930年制定的“民事诉讼法”,仅限于被告同意或者不妨碍被告防御及诉讼终结的情况下允许原告变更诉。<sup>27</sup>由于这种限制的存在,在当事人发现起诉时的请求可能被法院否定时,也不能要求变更请求。因此,当事人客观上不可能在一次诉讼中先后主张不同的请求权。这是传统诉讼标的理论得以立足的根基。但实践中常常出现当事人在了解对方证据与反驳等诉讼资料后才发现,自己的诉讼请求与理由需要调整的情况,而因为这一限制,不免导致诉讼进行不下去。为解决这个问题,立法者不得不增加一个蹩脚程序——“中间确认之诉”来解决问题。<sup>28</sup>

但是,司法制度的发展趋势是扩大诉讼解决纠纷的功能,避免当事人就一个纠纷被迫另行诉讼所带来的诉讼成本提高,减少因法院重复审理而浪费司法资源,以实现诉讼经济,并避免矛盾判决。在这个背景下,德、日民事诉讼法的修改都倾向于逐步放宽诉的变更条件。比如1924年修改的《德国民事诉讼法》第263条规定“诉讼系属时后,在被告同意或法院认为有助于诉讼时,准许为诉之变更”。1932年修改时又进一步承认,如果法院认为适当时,当事人在二审期间也可以为诉的变更。《日本民事诉讼法》1926年修正后规定“原告以不变更请求的基础为限,在口头辩论终结之前,可以变更请求或者请求的原因。但是,由此而使诉讼程序显著拖延的,则不在此限。”我国台湾地区“民事诉讼法”经过1999年、2000年几次修改,也逐步放宽了诉的变更条件,首先是将变更的期限从诉讼系属时放宽至起诉状送达后,其次将“不妨碍被告之防御及诉讼之终结者”纳入例外范围等。2003年的修改更是改采集中审理主义及适时提出主义,增强法官在诉之变更与追加方面的释明晓谕义务,允许原告在诉讼中变更诉。<sup>29</sup>这一变化表明,传统诉讼标的理论的旧制度基础正在消融。但是,理论研究却仍然在旧的框架内展开。

### 3. 日本人的权威崇拜以及精细化研究偏好

对权威的崇拜与绝对服从是日本民族性中突出特点。模仿甚至照搬他们认为“先进的”立法与法学理论也是日本法制发展的一条主线。在日本一流的法学杂志中,有关国外(其中尤以德国为主)法律制度与法学理论的文章总是占据主导地位,外国的法律与理论常常被当做用于批判本国法律和理论的工具。<sup>30</sup>日本现行《民事诉讼法》肇始于对1877年《德国民事诉讼法》的继受。日本1890年公布的旧《民事诉讼法》是请德国教授德肖(Techow)来草拟的,他直接翻译本国法典给日本人交了答卷。<sup>31</sup>日本人也公开承认德国法为其“母法”。在移植德国法律制度的同时,德国式思维方式与理论成果也跟着影响了日本的学说与判例。不过具有讽刺意味的是,被日本人当做权威的《德国民事诉讼法》第322条,实际上在本国并没有绝对的权威地位。霜岛甲一在研究了《德国民事诉讼法》第322条制定的经过后发现,关于“应否承认判决理由中的判断有既判力”的激烈争论竟是该条制定的历史背景。德国在普通法时期的理论通说和判例都认为,从维持判决安定性的角度看,不仅诉讼标的有既判力,而且在法院判决理由中对先决法律关系的判断也有既判力。<sup>32</sup>反对者认为,法律安定理论与辩论主义相冲突,如果承

<sup>27</sup> 禁止诉的变更的意义后来被解释为防止被告因诉讼变动而遭受防御上的困难。

<sup>28</sup> 《德国民事诉讼法》第256条第2款“在诉讼进行中,原告和被告就法律关系的存在或不存在有争执,而该诉讼的裁判的全部或一部是以此法律关系为据时,原告可以在作为判决基础的言词辩论终结前,提起原诉讼申请的扩张……申请的裁判确定该项权利关系。”《日本民事诉讼法》第185条第1款,我国台湾“民事诉讼法”第255条第1款第6项皆有类似规定。

<sup>29</sup> 许士宦《诉之变更、追加与阐明》,载《台大法学论丛》第32卷第3期;许士宦《民事诉讼法修正后之诉讼标的理论》,载《台大法学论丛》第34卷第1期。

<sup>30</sup> 张卫平、陈刚《法国民事诉讼法导论》(序言),中国政法大学出版社1997年版,第1-11页。

<sup>31</sup> 前引<sup>10</sup>,第32页。

<sup>32</sup> 代表性论证如萨维尼(Savigny)指出,法官的使命在于用判决确定系争权利关系,并保障这种确定的效果。而且这种效果不仅仅表现为排除当下的侵权、解决当事人现时的急需,而且还应当维持该法律关系未来的安全性。而这种安全性有赖于判决要素——亦即成为判决理由的先决权利关系——的确定。

认法院对先决法律关系的判断亦有既判力,当事人难免会遭受意外事项被裁判之突袭;且先决法律关系可能不止一种,当事人就必须将各种有关的法律关系都提出来用于攻击防御,这样必然导致增加当事人的诉讼负担和诉讼程序的复杂化,乃至拖延诉讼。此争论一直延续到19世纪《德国民事诉讼法》酝酿制定的时期。在1877年《德国民事诉讼法》制定当时,立法者倒向了反对派,于是有了第322条的出台。<sup>③</sup>但是,该法典的颁布施行并没有成为争论的终结者。20世纪60年代,一些学者再次主张肯定判决理由有既判力的观点。囿于《德国民事诉讼法》322条不可撼动的地位,肯定论者为自己观点设定了一些条件。比如泽纳(Zeuner)认为,当初被立法者对立起来的“维护法的安定性,避免矛盾判决”与“尊重当事人处分权,不逾越个别诉讼的任务”之间并非不可调和。他主张判决的既判力可以在一定情况下扩张至判决理由中对先决法律关系的判断:如果前诉诉讼标的所追求的法律秩序,包含或排斥后诉诉讼标的的法律效果,即两诉之诉讼标的之间有“法律上的意思关联”时,应排除当事人对前诉判决理由中的判断再进行争执,<sup>④</sup>等等。

不仅如此,《日本民事诉讼法》第244条也是争议的产物。该条规定“确定判决,以主文包含者为限,有既判力。”<sup>⑤</sup>而《德国民事诉讼法》322条中并没有使用“判决主文”的字样。考虑到该法典是德国人草拟的,这一条的出现说明,将判决主文内容与诉讼标的划等号恐怕只是当时一部分德国人的认识。穆泽拉克就指出,仅从判决主文还无法充分确定既判力的范围,典型的是法院驳回诉的判决,人们必须得阅读判决中关于事实和裁判理由的部分才能探明判决主文的原始内容,所以第322条的意思应该是:“只有法院确认了的法律后果才能发生既判力,即只有将法律规范适用到作为裁判基础的事实关系上所获得的结果才能发生既判力。”认为人们“偶然”表达的“只有判决主文才能发生既判力”的观点至少是令人误会的。<sup>⑥</sup>

然而,经过一个多世纪的发展与积累,日本学者自认为其法律,无论是制度还是理论体系,均已经构筑得相当完整,一些代表性学者的权威地位很难被撼动,既有理论的解构几乎是不可能的。学者,尤其是部门法学者,要想在学术上有所突破非常困难。学术研究达到这样的程度,就只能通过更为细化的研究来加以深化,实现微小的突破。因此,日本的法学研究逐渐形成了以精致和严密著称的风格。这种精细是细节上的,有时仅仅是实践中出现的很小的问题。许多洋洋洒洒数万言的论文,其原创成分可能只有区区几百字,而且还必须通过反复比较和细致观察才能发现,其精细分析可以说达到极致、甚至繁琐的程度。<sup>⑦</sup>这一点在诉讼标的理论研究方面尤其明显。

#### 4. 诉讼标的理论的知识系谱在台湾学者的学习与传承中变得越来越窄

台湾学者多有留日学习背景,因此在诉讼标的理论的研究上,学者们热衷于研读和转述日本学者对德国理论的介绍与研究成果,各种学说都有拥护者。比如老一辈的民事诉讼法学家中石志泉、汪炳成、王甲等是旧说的支持者;杨建华、骆永家则是新说的代言人,并极力推崇争点效理论;陈荣宗则是旗帜鲜明地鼓吹新实体法学说。<sup>⑧</sup>但是,仔细梳理这些学者的研究成果可能发现,形成于德国、发展于日本的诉讼标的理论传递到台湾时,由于经过了日本学者这个“二传手”,无形中出现了“理论暗礁”:德国的历史与文化背景被有意无意、或多或少地滤掉了,“诉讼标的是判决主文内容”,“诉讼标的决定既

<sup>③</sup> [日]霜岛甲一:《德国民事诉讼法三二二条的历史》,载(日)《民事诉讼杂志》八号,第108页;[日]吉村德重《判决理由中的判断的拘束力》,载(日)《法政研究》33卷3~6合并号,第486页,转引自前引③,第65页。

<sup>④</sup> 前引③,第67~68页;王甲等《判决理由之效力》,载“台湾地区民事诉讼法研究会”:《民事诉讼法之研讨(二)》,三民书局有限公司1987年版,第139~140页。

<sup>⑤</sup> 日本现行《民事诉讼法典》于1926年公布,第199条第1项有关既判力范围的规定与旧法基本雷同。

<sup>⑥</sup> 前引⑤,第326~327页。

<sup>⑦</sup> 前引⑫,张卫平《序》,第II页。

<sup>⑧</sup> 参见陈荣宗《民事程序法与诉讼标的理论》,台湾大学丛书1978年版;杨建华《问题研析·民事诉讼法》,三民书局1986年版,第187页以下;王甲等《判决理由之效力》,载台湾地区“民事诉讼法研究会”:《民事诉讼法之研讨(二)》,三民书局1987年版,第135页以下;陈荣宗、林庆苗《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第643~644页。

判力客观范围”的命题被当做亘古不变的圭臬来顶礼膜拜。有关诉讼标的理论的知识系谱越来越窄,其研究中更多制度设计的实用主义,更少关于文化与制度变革的动态内涵的关照,对既有理论中的漏洞、瑕疵之于立法与实践可能产生的负功能的担忧不足,制度设计更加大胆。台湾学者在立法上的影响力之大一定令德、日学者自叹弗如:一些在德、日被认为不够成熟、仍然属于非主流、司法判例尚不见踪影的观点,已经体现在台湾的立法中。比如,与“诉讼标的”一词并不直接显见于德、日民事诉讼法典中不同,该词成为台湾民事诉讼法的关键词之一,散见于二十多个条文之中,该法第400条第一项更是在字面上直接把既判力客观范围与诉讼标的捆绑起来“诉讼标的于确定之终局判决中经裁判者,除法律别有规定外,当事人不得就该法律关系更行起诉。”再比如,在德、日尚未跻身主流的“相对的诉讼标的说”,却经台湾新生代学者的极力鼓吹,<sup>99</sup>很多内容已经体现在近十年来的台湾民事诉讼法修正案中。

#### 四、“屠龙术”困境与方法缺陷

诉讼标的研究到如此深入和精细的程度,但是却并没有带来满意的结果。人们失望地发现,那些看似精密的论证却导致理论循环。高桥宏志就指出,如果那些从实体规范统合角度探讨解决请求权竞合的学说能够在民商法领域取得成功,那么一个案件中只产生一个请求权,构成一个诉讼标的,对于诉讼标的的把握既可以象旧说那样按照实体法上的请求权来确定,也可以按照新说的主张,根据当事人声明的给付之地位来决定。在这个意义上说,诉讼标的的争论的内容将归于空洞化。他不无沮丧地说“随着民法关于请求权竞合问题研究的发展,新旧诉讼标的的争论变得无意义了。”<sup>100</sup>如同有关请求权竞合的理论研究一样,争点效理论在延展了自己的经络的同时,也造就了新的软肋。比如争点效的“前后诉系争利益相同”要件就可能导致该效力处于不稳定状态,一旦当事人以后诉系争利益大于前诉的,便可以主张争点效不发生,那么该效力就是很容易被规避的,因而是没有可预见性的;而且争点效与既判力的遮断效之间界限模糊,有交叉重叠处等等。这样一来有关争点效理论构建的价值就被极大削弱了。

另一个问题是,尽管理论成果汗牛充栋,对司法实践的贡献却微乎其微。比如新堂幸司争点效理论在理论界影响很大,其论证在回应各种批评与质疑的过程中越来越细致,但直至今日,司法判例对该理论一直持谨慎的态度,不大敢用。当然,司法实践对新诉讼标的说敬而远之的原因可能是复杂的,不排除因新说对法官释明义务的要求大大高于旧说,可能给法官带来较重的负担与风险而遭到法官的排斥,<sup>101</sup>但更多的是因为理论脱离实际。穆泽拉克无奈地承认:“尽管有关诉讼标的的意见多种多样,尽管为了准确阐明诉讼标的的概念在教义上花费甚巨,但在实践经验中,各个理论和观点之间的区别并不明显。在诉之申请可以有不同事实情况作为理由基础的案件中,虽然在理论上可能得出的结果大相径庭,但在实践中案件的处理结果却是相同的,也就不奇怪为什么判例相当少地理会理论之争并且甚至认为这是徒劳的。”<sup>102</sup>日本学者也看出,虽然当下学术界中赞成新说的观点占据压倒性多数的地位,但实务界仍然采用旧说,认为只要对旧说予以调整就足以应付实务需要。这说明诉讼标的之论“只不过是理论上的争论。”<sup>103</sup>

还有一个问题或许更为致命:尽管耗费了几代学者偌大心血,理论达致自洽的理想自今也未能实现。诉讼标的理论研究一直在追求统一的概念,以实现命题的高度概括与一般化,成为一揽子解决诉的合并、诉的变更、诉讼系属、既判力范围等问题的最大公约数,但罗森贝克等最终不得不承认,“目前看

<sup>99</sup> 黄国昌《新民事诉讼法下的之诉讼标的的图像:诉讼标的的相对论的再构成》,载黄国昌《民事诉讼理论的新展开》,北京大学出版社2008年版;许士宦《民事诉讼法修正后之诉讼标的的理论》,载《台大法学论丛》第34卷第1期;等等。台湾学者认为是诉讼标的理论的“本土化创新”,该理论在德国的相对的诉讼标的理论和日本的第三波理论(程序保障理论)中可以找到源头。

<sup>100</sup> 前引<sup>10</sup>,第39页。

<sup>101</sup> 前引<sup>10</sup>,第26页。

<sup>102</sup> 前引<sup>5</sup>,第92页。

<sup>103</sup> 前引<sup>10</sup>,第53页。

来,这种统一解决方案几乎不能实现”。<sup>④</sup>

诉讼标的理论在纵深方向和局部细节上达到的高、精、尖水平,任何一招皆可以“屠龙”,这个高度是其他民事诉讼理论所望尘莫及的,但它却很尴尬地要面对“无龙可屠”的现实。如同“女娲补天”剩余的那块石头一样,其理论价值因缺乏现实意义而大打折扣。回顾诉讼标的理论的“问题化”过程可以发现,不同的学说在方法论上具有以下方面的特征:首先,抽离当事人的争议,塑造抽象化、理想型的诉讼标的概念。其次,脱离其他诉讼制度,将诉讼标的当做此诉与彼诉、既判力范围唯一的识别标志。这造就了诉讼标的理论的致命缺陷:用小概念解决大问题,大大超过其能力。让诉讼标的背负其不能承受之重正是诉讼标的理论的软肋,导致再精细的论证也无法逃脱被魔咒魔住的怪圈。

最后,也是最重要的,脱胎于实体法理论的诉讼法理论,试图通过创立纯诉讼意义上的概念来实现与实体法理论的“断脐”,但是实体法理论中根深蒂固的形式理性基因仍然给诉讼标的理论留下明显的胎记。这种唯理主义的思维方式和追求概念的统一性、设计理想模型为分析工具的研究方法,造成诉讼标的理论的吊诡——其发展轨道与实体法理论殊途同归。民事诉讼的本分在于解决当事人之间的纠纷,它不同于其他解纷途径的本质特征是追求“法律意义上的解决纠纷”,包括适用法律来判断是非,用法律程序(既判力)来固定解纷的结果。这个过程固然包含将纠纷进行法律技术转换的过程,但是绝对不是单纯的法律逻辑推论过程。人们可以运用自己的理性,从万千事实中抽象出若干基本要素(要件),赋予它们特定的概念定义,从而形成某种制度安排,但这主要是立法(更适合实体法)的工作,而非司法的主要面相。因为实体法毕竟是司法的逻辑大前提,可以追求以不变应万变,然司法面对的是个性化的、丰富多彩的纠纷和当事人,诉讼过程更多是从当事人的主张抗辩、攻击防御中编织司法的小前提——其中诉讼标的就是小前提的基调。我们当然无法割裂民事程序法与实体法天然的联系,但作为直接作用于司法过程的程序法,民事诉讼法关注于形形色色的个案的程度应当远甚于关注抽象的逻辑和概念。在民事诉讼法的研究中一味追求理论的高度抽象与逻辑完美,不但是不可能实现的任务,而且是没有必要的。<sup>⑤</sup>在这层意义上理解霍姆斯法官说“法的生命不是在于逻辑,而是在于经验”或许更能产生共鸣。传统诉讼标的理论用研究实体法的思路研究诉讼法问题仍然是对实体法的依赖,其研究越是深入就越是钻牛角尖,理论创新空间已然消失。

## 五、谨防法学理论的内卷化

诉讼标的理论研究在方法上的缺陷导致其理论的内卷化现象,并削弱了理论成果的实践意义。前车之鉴不可不引起重视,尤其是在移植思维浓厚的法学研究领域。当然,批判理论的内卷化并非主张研究的“去理论化”。完全依赖实践“摸着石头过河”的经验来总结归纳规则不仅是零散的,而且代价必然是很大的。<sup>⑥</sup>问题是如何进行理论研究?反思诉讼标的理论的发展过程,至少有两个教训是法学研究者应当认真对待的:

### 1. 少一些移植思维,多一些批判精神

曾经被称为“中华法系”的中国法制有自己的发展轨迹,积淀了独特的文化传统和学术思想。尽管经历了清末和民国时期的现代化改革,但这些改革尚未成型就因共和国的建立和废除国民党“旧法统”的革命而夭折。后来,在总结根据地和苏区的法制建设与司法活动经验基础上,辅以学习苏联法制与理论,创立了当代中国的法制与法学理论雏形。不幸的是,随后近二十年的政治意识形态泛化时期,法制被废、法学研究几乎消失。1980年代以来的法制现代化运动,包括大规模立法与审判方式改革,催生了

<sup>④</sup> 前引③,第671页。

<sup>⑤</sup> 前引③。

<sup>⑥</sup> 比如,由于诉讼标的理论研究的不足,不仅导致立法上的空白,而且屡屡出现不规范的司法解释:多处将“诉讼标的”与“诉讼请求”两个概念混用;发生请求权竞合时要求当事人在起诉阶段就进行诉因选择;将生效判决认定事实一律纳入无需证明的事项范畴;在司法判例中,时有法官把属于判决理由的内容写进判决主文,等等。

理论研究的复兴。出于提出立法建议的任务指向,大量的研究围绕如何移植与模仿大陆法系国家的立法展开。不少人干脆将我国列入大陆法系。这个论断显然与当代中国的法制与法学的发展历史没有多少联系。该命题与其说是充分论证的结果,不如说是实用主义的产物,其动机是为了标榜与世界接轨的立场;其后果是,大陆法系国家的法学理论与法律制度从此顺理成章地成为我国学术研究和立法的“鼻祖”,尤其是被认为是大陆法系代表性的国家如德国的立法和学说更是被奉为圭臬。日本人在立法和理论研究上的拿来主义和移植思维也深受我国学者的赞赏与羡慕。大量的研究直接以德国、日本的立法或学说为分析工具和立论基础,或者照搬照抄。在刑法、民法、诉讼法等部门法学的研究中,此风尤盛。以诉讼标的理论为例,本来我国大陆民事诉讼长期采取“调解型”审判方式,在制度和理论上受国外影响都很小,但多数学者仍然用德国的诉讼标的理论为分析工具对我国已有的诉讼标的概念进行批判,试图将该概念归入大陆法系诉讼标的概念体系中,与德日并轨。其中按照诉的种类和不同审级来分别确定诉讼标的观点看起来有比较多的赞成者。<sup>④7</sup> 还有的极力主张模仿德日立法,增加“诉的变更限制”、“中间确认之诉”等制度。<sup>④8</sup> 司法解释中也有这种倾向。<sup>④9</sup> 这是很危险的:如果不能看到诉讼标的理论研究方法论上固有的缺陷而盲目学习、模仿,很有可能重蹈覆辙。或许这种模仿与移植在对策研究中具有立竿见影、解燃眉之急的功效,但这并非以一般现象为研究对象,以提出概念、构建理论体系为目标的学术研究之道。已经有学者注意到我国法学研究中的急功近利倾向——在知识和实践的积累尚不全面、不系统、不准确的前提下,简单地从个别国家的法律现象中归结出世界性的发展趋势,把个别国家的经验上升为放之四海皆准的普遍规律,把局部问题抽象为整体和全局的问题,其研究缺乏动态和发展的视角,割裂特定制度与其所在国家社会与文化传统之间的联系,忽视特定环境下的社会综合因素,<sup>⑤0</sup>以至形成法学研究中的根深蒂固的移植思维。因此有人评论道,中国的法学理论因此形成了一种没有国家、没有政治的法律观,变成法律人的意识形态,丧失作为一门科学所具有的开放性和发展可能性,逐渐沦为一种新的教条。<sup>⑤1</sup> 在这样的理论引导下形成的司法理念和改革举措,已经在现实中遭遇困境甚至很快被抛弃。出于良好动机的制度设计在实际运作之中常常会变得或是虎头蛇尾,或是前后不对应,甚或引起完全与原意相反的后果,即黄宗智所称之“未予结果”。<sup>⑤2</sup>

因此,理论研究应少一些移植思维,而多用批判的眼光看待他国的理论成果。尽管我们羡慕西方的法治国家治理模式,常常把人家的东西当作改革的目标,但如同器官移植不可避免会有排异反应一样,我们不能把某一个国家的成功经验作为中国改革的目标,不能简单套用他人的概念与理论来解释中国问题,更不能试图直接移植他国制度来解决中国问题。简单的移植思维往往剥离他国学说的历史、文化与社会背景,知识系谱狭窄,断章取义,对制度或学说的负功能估计不足,把一国的制度或理论当做毋须国界、时代模糊、放之四海皆准的普遍真理。如新堂幸司一针见血地指出当前民事诉讼法理论研究中普遍存在的一种现象:“一些理论及其种种规制,一旦形成就容易被视为千古不变的真理。”其实,“民事诉讼法背景是基于历史的、社会的因素而制定出来的规则,民事诉讼法之规则,应当吸纳各个时代、不同社会的各种要求,并在此基础上不断获得发展。”<sup>⑤3</sup> 在学习运用某种学说为分析工具之前,必须将该学说置于其发生、发展的历史背景中,冷静评价其至于当前研究的问题的解释力度。如果该学说不能解释或者不能完全解释所研究问题,便是证伪既有理论的良机。这样才能与该学说展开对话,乃至提出新概念、

<sup>④7</sup> 张卫平《诉讼标的及其识别标准》,载《法学研究》1999年第4期;李龙《民事诉讼标的理论研究》,法律出版社2003年版;段厚省:《民事诉讼标的论》,中国人民公安大学出版社2004年版;林剑锋《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版;等等。

<sup>④8</sup> 占善刚《略论诉之追加》,载《法学评论》2006年第3期;王国征《论诉的变更》,载《中国人民大学学报》1999年第6期;等等。

<sup>④9</sup> 如最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》中关于当事人变更、追加诉讼请求的时限规定。

<sup>⑤0</sup> 范愉《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第57页。

<sup>⑤1</sup> 强世功《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思性考察》,载《中国社会科学》2005年第1期。

<sup>⑤2</sup> 黄宗智《取证程序的改革:离婚法的合理与不合理》,载《政法论坛》2008年第1期。

<sup>⑤3</sup> 前引⑩,第227页。

新命题。

## 2. 少一些宏大叙事,多一些中观研究

当前的中国处于社会转型时期,社会变迁带来社会结构的变化,国家权力与资源分配方式的变革,同时也带来社会分化、社会价值多元,国家治理模式也相应地发生调整。作为社会控制机制之一的法律与司法制度的变革应运而生,法律的发展正在经历着史无前例的巨大变动的时期。法学研究也面临着更多的新课题,其中许多问题是中国特有的。当前中国法学研究可能很需要一种可以作为分析工具的宏大叙事的理论体系。构建一套具有中国特色的宏大的、总体性的理论或分析框架,使其思想能够纳入世界法学理论体系,自己能够跻身世界法学家之列,也是每一个法学理论家的雄心壮志。然而,一套宏大叙事的理论需要建立在充分的经验研究以及基于此提出的细微的概念、命题和理论的基础之上,否则任何试图包罗万象的一般理论不可避免要陷入空谈,或者其预设前提只能来自其他国家的法律理论。这样的“理论”因脱离法律植根的土壤——社会结构和文化传统——而不可能有生命力,因而也会很快地被废弃。如同自然科学不经过长期的实验、试错和具体领域的基础研究,没有丰富的理论的继承与积累,就不可能出现“相对论”那样的具有伟观意义的理论一样,包括法学在内的中国社会科学也需要进行深入而广泛的经验研究,经过长期的、数量丰富的基础研究积淀。面对生动的司法实践,尤其是正处在改革与自我塑型中的中国司法制度,理论研究中更有价值的或许是尝试提出一系列的中间理论,即默顿所说的“中层理论”。

所谓中层理论是对具体领域社会现象的抽象命题,它既非试图涵盖全部问题的抽象概念或宏大体系,也不是走到只创建低层次的经验命题另一个极端,而是广泛地积累数据,提出理论研究必须考虑的各种变量,以及精细的公式化描述和对具体变量间关系的实证性陈述。尽管中层理论是抽象的,但同经验世界是联系的,因而可以激励为澄清概念、阐述理论所必需的研究。在默顿看来,中层理论可以提供比宏大的理论更为广阔的理论前景。那些用不那么抽象的方式表达的中层理论,展现了定义清晰的操作化概念,并由此构成了对有限现象的陈述。他相信,如果没有理论和经验研究的相互影响,理论框架仍然是具有启发意义且不能反驳的概念堆积物;另一方面,如果经验研究不成系统,对扩展某个学科知识体系的意义就不大。通过对有限现象的理论描述和经验实证,最终会形成比较复杂的理论。理论家的任务就是将具体的理论同更为一般的概念和命题融合起来,从具体理论对一般理论的贡献出发来阐述具体理论。<sup>⑤</sup>这不仅是民事诉讼理论研究,而且在一般意义上,也是当前中国法学研究应当重视的研究方法。

## 余论:让诉讼标的理论走出“屠龙术”困境

诉讼标的本是一个微观问题,既有研究却将其无限抽象,理论越来越有宏观特质,乃至超越了其自身的功能定位。让诉讼标的理论回归其正道,需要回到民事诉讼的出发点,紧扣民事诉讼解决纠纷的目的,将诉讼标的的功能置于诉讼程序的整体之中,才能使诉讼标的从过重的负担下解脱出来。诉讼标的理论的展开都是围绕这样一对矛盾:既要防止矛盾判决、实现诉讼的解纷目的,又要保障当事人诉权、防止突袭性裁判。如果看到这对矛盾贯穿整个民事诉讼制度,就可以松一口气:问题的解决不可能仅靠某一个小小的概念或单个的制度,而要依靠民事诉讼制度这架结构复杂的机器整体作用才能达致;诉讼标的的仅仅是这架庞大机器中的一个零部件而已,不仅功能有限,而且其功能的发挥还要依赖其他部件的有效运转与整合。让诉讼标的的回归“诉的要素”的定位,围绕当事人争议确定裁判标的及既判力客观范围。实际上,以诉的三个要素为基准识别和判断重复起诉和既判力客观范围,是德国以外其他大陆法系

<sup>⑤</sup> Merton, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, Ill: Free Press, 1957, p. 10, p. 42. 转引自[美]乔纳森·特纳《社会学理论的结构》,华夏出版社2001年版,第23页。

国家和英美法系国家共同之处。<sup>⑤</sup>

请求权竞合引发的问题,应当通过强化法官释明与当事人诉讼促进义务,用诉的合并与诉的利益原理解决当事人重复起诉问题。根据实体法原理,法律虽规定了数个请求权依据,但当事人只能择一主张权利,避免重复获得实体利益。诉的合并状态下,原告为了一个诉讼请求同时援引数个法律上的请求权为依据(诉因),是诉的合并的一种,在法院充分审理后,当事人最终可以选择其中一个最有利于自己的诉因请求法院作出判决。其中一个请求被法院承认,原告即丧失提起另一诉讼的利益;如果请求应当驳回,法院就应当对两个请求都进行审理后都作出驳回的裁判,以此防止诉讼的重复发生和纷争的反复。<sup>⑥</sup>即使原告败诉,如果在前一诉讼程序中,通过法官阐明已充分给予其趋利避害的选择机会,使其能够尽力主张自己的权利,他亦不再有另行起诉的诉讼利益。此亦为程序保障原则与纷争解决一次性原则相协调之下当事人所应承担的程序责任。<sup>⑦</sup>如果判决生效后发现,原审程序法官没有适当释明的,当事人可以就没有主张的实体法根据再次起诉。

再如部分请求权问题,按照传统诉讼标的理论,兼因人们多担心当事人滥诉,当事人主张部分请求权原则上是不被支持的。实践证明,一些案件中当事人主张部分请求权确有其正当性,且并没有引发被告的讼累或重复裁判。<sup>⑧</sup>这再次证明,单从诉讼标的理论中不能逻辑地、一刀切地推导出部分请求权问题的解决公式。考察主张部分请求权的当事人是否滥诉权,应当结合个案当事人的具体理由,用诉的利益原理做出诊断。

---

**Abstract:** According to civil litigation theory in civil law system, object of action is considered as a touchstone in identifying renewal prosecution, change and addition of prosecution, and the sphere of *res judicata*. However, the coincidence of claim exposes this theory's short board, and causes debate. From revised concept of object of action, scholars have put forward various theories such as identification of object of action, preclusion validity and relative object of action etc., and made this theory more and more delicate on one side, and made it staying around original issues on the other side, that is so-called "involution". Seemingly delicate and deep theory is reduced to nonsense because it is too complicated and inter-contradictory, and therefore not only disliked by judicial practice but also useless in legislative practice. All of these are due to the flaws of research methods. To criticize this phenomenon is not only necessary in breaking through the bottleneck of this theory, but also has warning value to general legal research.

---

(责任编辑:陈贻健)

---

<sup>⑤</sup> 罗马法中早有“有诉才有裁判”法谚,从中可见裁判的对象是“诉”,而不是诉讼标的。只是但经由学者的口水战,裁判对象被变造为“诉讼标的”。以诉的三个要素为基准识别和判断重复起诉和既判力客观范围本是德国以外其他大陆法系国家和英美法系国家共同之处。参见沈达明《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第589-591页;参见前引⑩,第139-140页。

<sup>⑥</sup> 兼子一称之为“选择性合并理论”。前引⑩,第30页。

<sup>⑦</sup> 徐晓峰《责任竞合与诉讼标的理论》,载《法律科学》2004年第1期。

<sup>⑧</sup> 严仁群《部分请求权之本土路径》,载《中国法学》2010年第2期。