

# 诉讼标的理论的新范式

## ——“相对化”与我国民事审判实务

陈杭平\*

内容提要：民诉法学界一直尝试从大陆法系关于诉讼标的的不同学说中择取其一作为基准，统一且固定不变地适用于诉讼程序各领域，并用以解决诉讼法学上的诸多重大问题。但这种“一体化”或“体系性”研究范式不仅未达到学理上的预设目标，更难以回应实务上多义甚至“无序”的概念使用。受域外理论发展、民诉法规修改及裁判文书网上公开等因素的促动，有必要向“相对化”或“指示性”的新研究范式转换。在此前提下，应当对实务上诉讼标的的使用方法及其在具体程序场景中的含义进行整理与辨析，并围绕相关民诉法规条文展开解释论作业，建构一种可为理论界与实务界所用的、用以限制裁量权滥用的“相对的诉讼标的”理论框架。

关键词：诉讼标的 诉讼系属 重复起诉 一事不再理

### 引言

作为识别或把握当事人攻击防御、法院审理判决之对象的概念，“诉讼标的”自引入我国以来，一直占据民诉法学研究的中心位置。为数众多的学者通过对大陆法系旧说、新说等的梳理与甄别，试图从中择取一种能贯穿诉讼全过程的学说，作为统一且固定不变的基准适用于法院管辖、当事人适格、诉的变更（合并）、诉讼系属、既判力客观范围（“一事不再理”）等问题的判断。<sup>〔1〕</sup>这种以“一体化”或“体系性”为认知框架的研究范式带来

\* 清华大学法学院副教授。

感谢卢佩、雷彤在德文和日文资料的收集、翻译方面提供的帮助。

〔1〕 参见王锡三《诉讼标的理论概述》，《现代法学》1987年第3期；张卫平《论诉讼标的及识别标准》，《法学研究》1997年第4期；李龙《民事诉讼标的的基本概念和民事诉讼的基本理念》，《现代法学》1999年第1期；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》，《法律适用》2003年第5期；段厚省《民事诉讼标的与民法请求权之关系研究》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2006年第4期；等等。另有学者在这些学说之外引入美国的“事件说”，但从分析到结论来看，仍未摆脱体系性诉讼标的理论的窠臼。参见严仁群《诉讼标的之本土路径》，《法学研究》2013年第3期。

了相当的知识增量，并对民事审判实务的规范化产生了极为有益的影响，但始终未能实现体系性建构的理论预设目标，对实务上多义甚至“无序”的概念使用也缺乏应有的整合力与解释力，难以通过提供具有“间主观性”的概念工具来约束法官的裁量权滥用或抑制“同案不同判”现象。在某种意义上，这一类型的研究已沦为无用武之地的“屠龙术”，面临着深刻的理论与实践危机。<sup>〔2〕</sup>

至少从三种新的动向来看，国内围绕诉讼标的的研究范式亟待转换：<sup>〔3〕</sup>首先，在比较法的视野下，德国、日本等大陆法系国家的民诉法学界在不同程度上突破了统一的诉讼标的的概念。在日本，“指示性”或“相对的”诉讼标的理论甚至已占据主流地位。这与美国、欧盟的立场“殊途同归”，也不妨说是对诉讼标的应有功能之研究原初状态的回归。其次，自2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民诉法解释”）施行以来，有更多的程序规范条文使用“诉讼标的”一词（如该解释第233条第3款，第247条第1款），其与散见于其他条文的同一或类似语词不能涵摄进内涵外延统一的概念。<sup>〔4〕</sup>换言之，根据一体化或体系性的思路难以围绕这些条文展开有实效的解释论研究。最后可能也是最重要的，随着裁判文书在网上公开，审判实务上对诉讼标的的多义界定与使用已成为摆在学界面前的“活生生的现实”。如果不是简单地以“司法乱象”为由予以排斥或者充耳不闻、视若无睹，无疑需要更新思维模式或研究范式，将其纳入考察的视野，加以整理并予以回应。

有鉴于此，本文第一部分先从体系性立场出发，以诉讼标的的概念内含的规范要素与事实要素之不同配比为依据，将大陆法系旧说、新说及美国、欧盟的衡量标准纳入同一理论光谱，为下文围绕相对化的讨论提供理论坐标。继而重点考察德国、日本指示性或相对的诉讼标的理论的发展脉络及基本含义，并与美国灵活可变的“纠纷事件”标准形成呼应，揭示“相对化”已成为超越法系的共通趋势。第二部分在“相对化”的新研究范式下，以诉讼标的之多种含义（本文操作性地界定为三种“版本”）为纵轴、以不同的程序场景为横轴，围绕笔者检索获得的大量裁判文书，整理、辨析我国审判实务上诉讼标的使用方法及在具体场景中的确切含义。第三部分则在汲取实务见解的基础上，围绕相关法律（司法解释）条文展开解释论分析，逐一确定各程序场景下诉讼标的的应有之义，进行理论的“格式化”。本文无意“再造”一个体系性的诉讼标的的概念，而是旨在建构一套用以限制法官裁量权并作为解释论工具的理论框架。

〔2〕 参见吴英姿《诉讼标的理论“内卷化”批判》，《中国法学》2011年第2期。当然，该文利用二手资料对大陆法系有关诉讼标的的研究脉络及现状从整体上加以批判，存在较明显的误解，但所作批评对我国相关研究的“病症”可以说恰如其分。

〔3〕 简言之，“范式”（paradigm）是指特定科学共同体从事科学活动所必须遵循的公认的“模型”，是共同体内共享的立场和信念，共同使用的认知工具和手段。当在一个范式中不能解决的突出问题累积起来，这个科学共同体就面临着危机。作为对危机的反应，就需要从概念、理论结构到科学实践的范式转换。科学革命由此发生，并带来科学知识的急剧增长。参见〔美〕托马斯·库恩《科学革命的结构》，北京大学出版社2004年版，第9页以下；Thomas S. Kuhn, *Second Thought on Paradigms*, in Frederick Suppe (ed.), *The Structure of Scientific Theories*, Urbana, ILL: University of Illinois Press 1974, pp. 459 - 477.

〔4〕 仅就民诉法中指代“案件审判对象”的语词而言，使用“诉讼标的”的有第52条、第54条、第56条，使用“诉讼请求”的有第51条、第119条、第140条、第200条第11项，使用“案件”的有第124条第5项，等等。这些语词的内涵外延存在微妙的差别。

## 一、域外诉讼标的理论之再考察

### (一) “体系性”或“一体化”诉讼标的理论

19世纪中后叶,德国民诉法学为了从实体法学中分离出来,成为独立的学问体系,急需创设若干能贯通诉讼程序整个过程并发挥理论基石作用的核心概念。“诉讼标的”就是一个为实现这种意图而被有意创造出来的概念。统一的诉讼标的概念建构通过以实体权利为基准予以把握、界定的旧实体法说(旧说)即大致完成。但随着民诉法学理论自主意识的增强,出现了有别于旧说的新说(诉讼法说),两边阵营围绕“应以谁为基准”展开了旷日持久的论战。简而言之,旧说以实体请求权(Anspruch)作为衡量诉讼标的之标尺,在“构成要件+法律效果”的实体权利架构中,通过当事人的诉讼请求确定其追求的法律效果,并以所对应的抽象构成要件作为界定审判对象的框架。新说为了在请求权竞合时防止重复诉讼,<sup>(5)</sup>并将确认之诉的审判对象纳入统一的诉讼标的概念,遂摒弃实体请求权而在生活世界与“法的空间”之间直接架起沟通的桥梁,以诉讼请求权(或诉讼上的请求)所指向的纠纷事实作为把握诉讼标的之标尺。<sup>(6)</sup>在宽泛的意义上,新说扩张了诉讼标的的概念外延(不受实体请求权的拘束)及容纳范围(兼容不同种类的诉),但同时也产生了界定标准不统一、模糊法院与当事人就形成案件实体内容的权责分配等新问题。<sup>(7)</sup>

在诉讼标的内含的规范要素与事实要素之间,很显然旧说侧重规范要素的价值,新说则更强调事实要素对于确定审判对象的意义。<sup>(8)</sup>更进一步观察,不难发现在新说的学术谱系下,基于权利发生事实的“二分肢说”较为接近旧说,也即规范要素一侧,基于生活事实的“二分肢说”与日本学理上的“受给权”则更接近事实要素一侧。而在同一理论光谱中,美国法以及深受法国法、英美法影响的欧盟判例法下的诉讼标的衡量标尺也大致可确定其位置。

美国自1938年联邦民事程序规则实施以来,实务及理论上逐渐采纳“纠纷事件”

(5) 请求权竞合有广义与狭义之分。广义上包括“请求权规范竞合”或“请求权基础竞合”,例如因债务人违约而侵害债权人人身、财产利益的,债权人(受侵权人)既可选择违约赔偿请求权,也可选择侵权损害赔偿请求权。此时请求权基础或规范依据有两个,但请求权仅为一个,因此并非真正的请求权竞合。狭义上仅指“纯正请求权竞合”,典型的如租赁合同到期后,出租人(也是所有权人)既可基于所有权请求返还标的物,也可基于租赁期届满请求返还租赁物,二者并行不悖,但一个实现后另一个失去胜诉基础。

(6) 不同学说、不同国家之诉讼请求权的内涵有所差别。如在德国,占据理论与实务主流地位的“二分肢说”以原告提出的“诉的声明”(Antrag,也即诉讼请求)及作为原因而主张的事实(Klagegrund)为构成要素。其中的“事实”又存在生活事实与权利发生事实的分歧。前者为通说,指的是引发诉讼的现实生活事实本身,仅依据日常生活经验或“自然观察法”来判断两个请求是否属于同一生活事实;后者指的是构成原告所追求的法律效果之前提的要件事实。参见姜世明《民事诉讼法》上册,台湾新学林出版股份有限公司2014年版,第297页。此外,德国还存在“一分肢说”,即仅以原告的诉讼声明作为判断诉讼标的的基准。在日本,为避免原因事实模糊不清而采用的“受领给付的法律地位”(“受给权”)则成为理论上的通说。

(7) 按照传统辩论原则,原告负有主张用以支持诉讼请求之事实理由的责任,随着诉讼标的由实体请求权扩张为“诉讼请求权”,原告的主张责任也随之加重;而为了降低当事人疏于主张的风险,要求法官在审理中对一切可能存在之请求权予以释明,又会加重法官的审判负担及责任。参见王亚新《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2010年版,第78页。

(8) 参见[日]中村英郎《“诉讼之目的”(诉讼标的)的论争及其历史背景》,载[日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第158页以下。

( transaction or occurrence) 作为识别诉讼标的的标准。例如,《第二次判决重述》以“一个纠纷事件或一系列事实群之全部或任一部分”界定判决请求排除效(既判力)的范围,作为这一场景下诉讼标的的衡量标尺。至于什么样的事实构成“纠纷事件”,什么样的事实群构成“系列”,主要考量的是事实是否在时间、空间、缘由或行为人动机上有牵连,是否构成一个适合审判的基本单位,将其作为一个审判单位是否符合当事人的预期或交易惯例。<sup>(9)</sup>换言之,静态地看,美国法更近乎以纯粹的生活事实作为诉讼标的的界定标准,不仅规范要素或实体权利无足轻重,当事人的诉讼请求对确定审判对象而言也不起决定性作用。

无独有偶,欧盟法院通过裁判发展出一种“核心理论”(Kernpunkttheorie),主张不同成员国法院先后受理的案件,如果案件事实相同且“争议的核心”(Kernpunkt des Streits)也相同,即使当事人提出的诉讼请求在形式上不同,仍然具有相同的诉讼标的。<sup>(10)</sup>相比之下,德国诉讼标的新说虽然重视事实要素,但无论“二分肢说”还是“一分肢说”均受诉讼请求的拘束,如诉讼请求或主张的权利保护形式(诉的种类)不同,诉讼标的亦不同。就此而言,欧盟法院出于避免并行诉讼及防止矛盾裁判的目的,通过弱化权利保护形式的地位或重构诉的声明,向事实要素一侧靠拢并扩大了诉讼标的的界定范围。换言之,对于诉讼系属来说,欧盟法院所适用的诉讼标的的概念相当宽泛,无法仅通过诉讼请求及原因事实予以确定,而是在必要时由范围更大的“生活事实”(Lebenssachverhalt)所决定。这与美国的“纠纷事件”标准有异曲同工之妙。

## (二) “指示性”或“相对的”诉讼标的理论

无论大陆法系的旧说、新说,还是以此为基准对美国法、欧盟法的整理与定位,皆具有相同的理论预设与意旨,即存在“体系性”或“一体化”的诉讼标的的概念。一旦对它的宽窄大小予以界定,就能以其不变的内涵外延通过演绎推理适用于诉讼程序的各种具体场景,并成为建构诉讼法学理论体系的基石。但随着对诉讼程序不同领域、场景研究的深入,大陆法系学者逐渐意识到很难维持诉讼标的的概念的统一性。于是,指望以不变的概念来应对不同问题的研究思路逐渐衰退。

德国自上世纪50年代就出现对一体化诉讼标的理论的偏离。此后陆续有学者主张应针对不同的法条分别进行目的性解释,建构相对的或可变的诉讼标的(Variabler Streitgegenstand)概念以满足不同诉讼领域、场景的解释论需求。<sup>(11)</sup>而在欧盟规则一体化进程的大背景下,近年来欧盟法院所贯彻的“核心理论”也为德国“相对的诉讼标的”概念注入新鲜

(9) See Restatement (second) of Judgments, § 24 (2) (1982); Alan M. Trammell, *Transactionalism Costs*, 100 Virginia Law Review 1222 (2014).

(10) Roth, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur ZPO*, vor § 253 Rn. 44, 22. Aufl., 2008 Tübingen (该资料由对外经贸大学法学院卢佩博士提供并翻译,下同)。例如,在 Gubisch v. Palumbo 案中, Gubisch 在德国法院请求 Palumbo 交付货款,其后 Palumbo 在意大利法院起诉请求确认与 Gubisch 之间的货物买卖合同因承诺被撤回而未生效,并预备性地提出因错误、受欺诈而撤销及 Gubisch 迟延交付而解除等主张。欧盟法院认为,前诉与后诉基于同一合同法律关系产生因而具有相同的原因事实,分别从正向与反向指向同一份合同的法律效力,具有相同的争议核心,故前诉相对于后诉构成诉讼系属(Lis pendens),后诉法院应依职权拒不行使管辖权。Case 144/86 Gubisch Maschinenfabrik v Palumbo (1987)。另可参见陈玮佑《诉讼标的的概念与重复起诉禁止原则——从德国法对诉讼标的的概念的反省谈起》,台湾《政大法律评论》第127期(2012年),第19页以下。

(11) Roth, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur ZPO*, vor § 253 Rn. 43; [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90页。

的元素,使之在作用于诉讼系属领域时外延得以扩张。<sup>(12)</sup>虽然德国理论界因体系性思维及概念建构的惯性而对一体化诉讼标的仍抱有期待,但在日本民事诉讼法学界,根据诉讼不同领域、不同程序场景解决具体问题的需要相对地把握诉讼标的的研究思路,已占据主流地位。具有共识的观点认为,由于诉讼标的最基本的功能在于指示不同程序场景下的诉讼审判对象,而日本民事诉讼法在不同条款使用了内涵有微妙差别的多种概念(如请求、诉讼的目的、事件、主文的内容),作为这些概念之统称的诉讼标的自始便具有多重的、随场景而可变的含义。<sup>(13)</sup>

当然,指示性诉讼标的概念绝非彻底“碎片化”或无章可循。日本学者三木浩一经梳理总结认为,根据法律条文或所对应的程序场景不同,诉讼标的可能具有最狭义(原告主张的权利本身)、狭义(对被告的权利主张)、广义(兼具对被告的权利主张与对法院的权利主张的复合含义)及最广义(对被告的权利主张附加裁判形式——给付、确认、形成——的要求)四种不同的内涵。<sup>(14)</sup>不同内涵所对应的程序场景,在日本理论上首先划分“诉讼中”与“判决后”两个阶段,认为在前一阶段诉讼标的概念主要发挥作为“行为规范”的机能,体现了前瞻性、主观性(由当事人予以确定)的价值,在后一阶段集中发挥作为“评价规范”的机能,具有回顾性、某种客观性(由制度外在赋予)的特征。<sup>(15)</sup>而对于贯穿诉讼始终的前一阶段,一般又细分为诉的变更(合并)、诉讼系属(重复诉讼之禁止)等具体场景。

即便在每一种程序场景下,诉讼标的往往也不作为唯一或决定性的因素发挥规范作用。例如,并不能简单地将诉讼标的与判决的既判力客观范围划上等号。日本实务上出现在特定情形下赋予非主文记载的内容以“相当于既判力的效力”以及借助诚实信用原则遮断与前诉具有不同诉讼标的(最狭义或旧说)的后诉等动向,而理论上从“实质性程序保障论”出发把握既判力的客观范围,往往又带来窄于判决主文记载内容的结果。<sup>(16)</sup>有别于诉讼标的的概念本身的可变性,这可谓诉讼标的相对化的第二层含义。

尽管大陆法系各国(地区)都存在着对诉讼标的加以重新建构、意图“复活”体系性概念的尝试(“新实体法说”、“动态的诉讼标的理论”等都属此列),但根据三木教授的判断,这些

(12) Roth, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, vor § 253 Rn. 42; 前引〔11〕, 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克书, 第90页; 前引〔10〕, 陈玮佑文。但要将这一宽泛的概念适用于既判力领域, 基于德国民诉法第322条第2款的规定, 则会比较困难。

(13) [日]三木浩一:《诉讼标的的概念的意义与功能》, 载氏著《民事诉讼程序运作的法理》, 有斐阁2013年版, 第78页(该文由清华大学法学院博士生雷彤提供并翻译, 下同)。即便作为新说代表性人物的高桥宏志也坦承, “在每个涉及诉讼标的的论之问题的领域中, 诉讼标的概念的效用逐步相对化, 那种认为‘从起诉到判决为止, 诉讼标的的对诉讼予以统一性规制’的传统思维也日趋受到动摇”。参见[日]高桥宏志《民事诉讼法: 制度与理论的深层分析》, 林剑锋译, 法律出版社2003年版, 第51页。

(14) 见上引三木浩一文, 第79页。例如, 三木教授以日本民事诉讼法第133条的“请求”为例, 认为这一“请求”包含原告对被告的权利主张、对法院的权利主张以及对裁判形式的指定, 是最广义的诉讼标的。

(15) 日本学者新堂幸司认为“当事人希望法院对此作出判决而将其作为申请事项”的诉讼标的与“为了使作出的判决被赋予判决效力”的诉讼标的不同, 前者具有行为规范的机能, 在诉讼中对诉讼结果作出预先的警示, 指挥当事人展开主张举证活动; 后者取决于诉讼制度的目的、败诉人的程序保障、诉讼经济等因素的考量, 构成评价规范。当然, 二者是紧密联系的, 前者往往是在法院考虑后者的前提下依据原告的请求予以确定。见前引〔13〕, 高桥宏志书, 第552页以下。

(16) 前引〔13〕, 三木浩一文, 第82页; 前引〔13〕, 高桥宏志书, 第52页。

努力都不成功。他基于对大陆法系国家及地区的考察指出,“诉讼标的向指示性概念收敛这种方向的发展,几乎等于宣告了体系性概念的死亡。考虑到除了德国之外,几乎所有的国家都不再对体系性诉讼标的概念抱有期待,毋宁说相关学说理论现在已回归诉讼标的概念本来应有的功能作用这一原初形态”。<sup>(17)</sup>

这在大洋彼岸的美国也得到呼应。“纠纷事件”标准脱胎于对普通法传统下僵化狭隘之“程式诉讼”(forms of action)的悖反,因此自始就是一个实用主义的、灵活可变的概念,对于不同的程序领域或场景具有不尽相同的内涵外延。根据美国学者玛丽·凯恩的梳理,“纠纷事件”在诉状修改是否回溯至初始诉状提交时(从而不受诉讼时效的阻断),反诉、交叉诉讼及当事人的合并,牵连管辖(ancillary jurisdiction)以及请求排除效(既判力)等四个程序场景下所对应的法条用语有所区别,所发挥的机能也各不相同,故有必要逐一进行利益衡量并确定其含义。<sup>(18)</sup>当然,“纠纷事件”标准超越了实体权利,也不受当事人诉讼请求的拘束,故大约只在上述日本理论“最广义”层面上予以相对的变动。

综上所述,可以说,采纳或者向相对的或指示性诉讼标的理论演进已成为超越法系的共通趋势。<sup>(19)</sup>反观我国,绝大多数民诉法学者仍局限于一体化或体系性诉讼标的的思维定式,致力于“旧说”与“新说”的比较并纠结于对二者的取舍。要想打破诉讼标的沦为理论“屠龙术”的尴尬处境,发挥其作为概念工具在实务操作与法解释论上的机能,无疑应当从既有的研究范式向新的研究范式转换。具体而言,以相对化或指示性为认知框架,梳理我国民事审判实务中“诉讼标的”的使用方法及其概念指涉的多种含义,并围绕我国民法及司法解释的相关条文重构诉讼标的理论。

## 二、我国民事审判实务中诉讼标的之整理

在一体化思维或范式下,民诉法学界往往对实务中诉讼标的的流动、多义束手无策,或者进行“削足适履”式的分析,否定一切不符合旧说或新说的实务操作。然而,实务界既不能将统一概念无差别地适用于多变的案件类型,在行使裁量权时难免出现“同案不同判”现象,又难以将具体、片段的操作转化为可供讨论的“公共话语”。有鉴于此,在相对化的新研究范式下,有必要在“一体化”与“碎片化”两种极端之间确定若干程序场景,分别对其中的诉讼标的进行解释论的“格式化”,以此在局部并从整体上限制法院的裁量权。尽管这会在一定程度上破坏诉讼标的理论的简明与统一,却是为了理论摆脱形式主义束缚及发挥其工具性机能的必然选择。当然,为了使理论建构有的放矢、“接上地气”,应先从新范式为框架对我国实务中的诉讼标的的使用方法及其在各程序场景中的大致含义加以

(17) 前引〔13〕,三木浩一文,第86页。

(18) Mary Kay Kane, *Original Sin and the Transaction in Federal Civil Procedure*, 76 *Texas Law Review* 1723 (1998); Douglas D. McFarland, *In Search of the Transaction or Occurrence: Counterclaim*, 40 *Creighton Law Review* 699 (2007); Douglas D. McFarland, *Seeing the Forest for the Trees: the Transaction or Occurrence and the Claim Interlock Civil Procedure*, 12 *Florida Coastal Law Review* 247 (2011).

(19) 我国台湾基于程序保障理论产生的“诉讼标的相对论”,在广义上也属于相对的诉讼标的理论,并得到了我国台湾地区民诉法的肯定。该理论的基本含义及最新发展,参见许仕宦《民事诉讼法修正后之诉讼标的理论》,《台大法学论丛》第34卷第1期(2005年)。

整理。<sup>(20)</sup> 尽管下文所选取的案例几乎都存在不同甚至相反的例子,表明每一程序领域均蕴含着有待进一步发掘的复杂性,但本文意在揭示现实状况及为后文在应然层面的讨论提供素材与对象——也即实然与应然交织——的意义上使用这些案例。服务于此一研究目的,本文将有意地区分属于不同领域内“相对地”使用诉讼标的概念,还是属于裁量权滥用或法律适用错误这样两种情形,并仅在确有必要时对后者加以举例与批判。

下文将以纵轴(诉讼标的的不同含义)与横轴(诉讼的不同领域或场景)作为整理的基本框架结构。其中,为简化表述并加强辨识度、区分度,将纵轴代表的诉讼标的由窄到宽区分为三个“版本”,并对其作操作定义如下:以当事人所主张的实体权利为衡量标尺的“1.0版”,<sup>(21)</sup>以当事人的诉讼请求及对应的“法律关系”为标尺的“2.0版”及以诉讼所指向的纠纷事件或生活事实本身为标尺的“3.0版”。三个版本大致可类比或对应于大陆法系的旧说、新说与美国法的“纠纷事件”标准(及欧盟法院的“核心理论”)。之所以不直接使用这些学说,并非为了标新立异,而是这些学说含义丰富且相互间有交叉重叠,不适合作为工具性指标。至于代表程序随时间之流而展开的横轴,同样划分为诉讼标的发挥行为规范机能的诉讼阶段与发挥评价规范机能的判决后(既判力遮断效或“一事不再理”)阶段。其中,前一阶段又分为确定审判对象、诉的变更(合并)、诉讼系属(禁止并行诉讼)三种程序场景。<sup>(22)</sup> 后一阶段因案件类型丰富,实务及理论的争议较大,故分为五种情形加以讨论。

### (一) 诉讼中的诉讼标的

#### 1. 确定审判对象

基于原告的诉讼请求确定案件审判对象或实体内容,不仅关系到当事人展开攻击防御及法院裁判的范围,而且是判断法院管辖、当事人适格等一系列起诉条件、诉讼要件的基础。在实践中,法院对此通常以原告所主张的实体“法律关系”作为衡量标准。

案例一:甲与乙签订《购销合同》,约定甲为乙提供定制的风力发电机组核心部件及其软件,因执行合同发生的一切争议提交仲裁。乙将购得的风电机组部件及其软件交由丙安装使用。其后,甲以丙、丁擅自修改软件并未经许可在丙的风力发电机组中复制、安装及使用,侵害其计算机软件著作权为由起诉丙、丁,并在立案后申请追加乙为被告,撤回对

(20) 笔者综合运用“中国裁判文书网”、“无讼”、“Openlaw”、“北大法宝”等公开检索系统,以“诉讼标的”为关键词并排除“诉讼标的(金额)”、“诉讼标的物”等干扰项,共检索获得最高人民法院裁判文书一百余份及为数更多的地方法院裁判文书。通过逐一阅读筛选,从中选取适合作为本文分析对象的裁判文书数十份。出于以下几点考虑,下文以最高人民法院裁判文书为主要分析对象:其一,对诉讼标的的界定是纯粹的法律理解适用问题,而非通过证据审查认定事实的问题,相对而言最高院在法律问题的判解上具有更高的权威性或指导性,其观点也更具代表性。其二,最高人民法院裁判的案件至少经历过一审,个别情况下甚至是第四层级法院的审理(例如,由基层、中级法院一、二审,省高院再审提审,经最高人民检察院抗诉由最高人民法院再次提审),因此各级法院的裁判见解及相互间的抵牾在这些典型案例中可得到最充分的体现。其三,以全国各级法院的相关裁判文书为对象尽可能进行“全样本”分析,在技术上很难实现,在本文实然与应然交织的思路里也没有多大必要。

(21) 此处的实体权利既包括最为常见的给付请求权,也包括确认某种法律关系存在与否的“请求权”及形成诉权。在再审之诉、第三人撤销之诉、执行异议之诉等程序诉讼当中,还包括“诉讼法上的形成诉权”。

(22) 在我国的民事诉讼法理上,禁止重复起诉、一事不再理、既判力、诉讼系属等概念的内涵外延存在交叉。为避免不必要的误解或混淆,本文遵从“民法法解释”第247条第1款的规定,将诉讼系属后禁止另诉与前诉判决生效后遮断后诉两种情形均视为禁止重复起诉,但仅在既判力遮断效意义上使用“一事不再理”概念。

丙的起诉。乙提出管辖权异议，称其与甲之间约定有仲裁条款。一、二审法院裁定管辖权异议成立，驳回甲的起诉。最高人民法院再审认为，甲主张的乙复制与修改软件的行为并未包含在《采购合同》内容中，因此甲提起的侵权之诉并非执行合同发生的争议，不应受到该合同有关仲裁条款的约束，遂裁定撤销原生效裁定。<sup>(23)</sup>

很显然，本案的法院管辖取决于对案件诉讼标的的识别或对法院审判对象的确定。如果诉讼标的系由一方违反买卖合同义务而发生的纠纷，根据最高院在另一起案件中的判解，则无论提起的是违约之诉还是侵权之诉均受仲裁条款的约束；<sup>(24)</sup>但如果超出合同范围构成独立的实体法律关系，则根据不同的诉讼标的的衡量标准可能得出不同的结论。若采用最宽泛的“3.0版”标准，从整体上将乙取得合同标的物后未经许可复制软件并交由丙安装使用视为因执行买卖合同而牵连发生的同一纠纷事件，则在此界限内提起的诉讼请求很可能被纳入同一诉讼标的。因买卖合同在其中占据主导或基础地位，法院可能会将仲裁条款的效力扩张及于整个纠纷事件，涵盖与买卖合同紧密相连又有所区别的其他法律关系。依据“2.0版”标准，大致也可以得出相同的结论。但如果采用狭窄的“1.0版”标准，只要原告诉请依据的是有别于买卖合同的另一实体法律关系，因请求权基础不同，即不受仲裁条款的约束。本案中，最高院认为合同约定的仅是甲转移标的物的所有权，其并未将包括复制在内的软件著作权授予给乙，故乙的侵权行为并非基于对合同约定的违反，由此引发的纠纷不受合同仲裁条款的约束，无疑采取的是最后一种观点。

## 2. 诉的变更

法官不得逾越原告之诉讼请求所提示的诉讼标的而为审理与判决，这作为处分权原则或“不告不理”原则的基本内涵已为实务界普遍接受。例如，最高人民法院在裁判中确认，合同消极确认之诉的审理范围并不涵盖当事人履行合同的情况，当事人申请就相关事实调取证据不予准许。<sup>(25)</sup>如在诉讼中原告申请或经法院释明申请变更诉讼请求，当变更后的请求突破原诉讼标的的界限，即构成“诉的变更”（或诉讼请求“质”的变更），法院需以新的诉讼标的作为审判对象。反之，如当事人未申请诉的变更或经释明拒不变更，则法院不得依职权变更之。就此而言，诉讼标的的衡量标尺构成判断审判对象有无变动之前提。<sup>(26)</sup>对此，实务界的裁判倾向似乎很明确。

案例二：甲以与乙存在房地产项目转让法律关系为由，请求乙支付项目转让款。一审

(23) “苏州美恩超导有限公司与华锐风电科技（集团）股份有限公司、大连国通电气有限公司侵害计算机软件著作权纠纷提审民事裁定书”，（2013）民提字第54号。

(24) “在解释仲裁条款范围时，如侵权争议因违反合同义务而产生，违约责任和侵权责任有竞合关系，则原告即使选择以侵权为由提出诉讼，仍应受到合同仲裁条款的约束，不应允许当事人通过事后选择诉因而逃避仲裁条款的适用。且即便原告提起诉讼时增列了未签订仲裁协议的其他被告，亦不影响有仲裁协议的原被告之间的纠纷适用仲裁协议。”参见“厦门豪嘉利商贸发展有限公司与洋马发动机（上海）有限公司、洋马株式会社管辖裁定书”，（2015）民四终字第15号。

(25) “西安东为实业（集团）有限公司与王小龙、熊道军、李国辉、李长友其他合同纠纷二审民事判决书”，（2014）民二终字第78号。不过，实务中法院突破原告诉讼请求进行“超裁”的案件偶有发生。例如，原告起诉要求被告履行义务，被告提出原告应先履行的抗辩。法院在审理中裁定要求被告限期履行，被告予以拒绝。一审法院以被告无履行能力为由，判决解除双方的合同关系。二审予以维持。参见“河北省廊坊派皇制革有限公司诉北京市桑德环境技术发展公司污水处理工程合同案”，【法宝引证码】CLI.C.233769。该案后经被告申请再审，原二审法院裁定撤销原一审、二审判决，将案件发回重审。

(26) 诉的变更与诉的合并在诉讼标的的界定上没有实质区别，故对后者予以省略。

法院经审理认为双方实为房地产合作开发关系，经释明甲拒不变更，一审法院判决乙按照合作开发法律关系履行合同义务。最高人民法院二审认为，一审法院在甲经释明未变更诉讼请求的情况下，迳行对其未予主张的法律关系予以裁判，既替行了原告的起诉权，又剥夺了被告的抗辩权，遂裁定撤销一审判决，驳回起诉。<sup>(27)</sup>

本案当事人之间仅存在一起有关房地产开发的纠纷事件，且原告提出了一项要求被告给付款项的诉讼请求，因此无论按照“3.0版”还是“2.0版”标准，法院对该纠纷事件的法律定性并不影响案件审判对象或诉讼标的的前后的一致性。换言之，不论法院将该纠纷事件定性为“房地产项目转让合同纠纷”还是“合作开发房地产合同纠纷”（构成不同的“案由”），均是依职权对同一诉讼标的选择不同的法律理由，仅影响法律适用，并不触发诉的变更。但是，最高院认为针对同一纠纷事件不同的法律定性牵涉当事人的程序保障，法院不得依职权对未经原告主张及被告抗辩的法律关系作出判决。其将不同的法律关系定性视作诉讼标的或审判对象的变更，认为应交由当事人处分而法院不得依职权为之，根据恐怕在于两种法律定性所依据的请求权基础不同，对应的构成要件也相异。因此，该案依据的是狭窄的“1.0版”标准。这可谓实务上判断诉的变更（合并）的主流观点。<sup>(28)</sup>

### 3. 诉讼系属

由于我国民事诉讼法没有规定强制性诉的合并及反诉，也未明确当事人可否主张诉的选择性合并及预备性合并，<sup>(29)</sup>加之受实务中一度频发的“争管辖”现象以及迄今为止也不能说彻底绝迹的“司法地方保护主义”等因素的影响，针对同一纠纷事件，当事人有时向法院分别提起不能兼容甚至相互排斥的诉讼。当其中一项诉讼已被法院受理而发生诉讼系属后，在多大范围内禁止当事人向不同或同一法院另行起诉，对于节省司法资源、降低当事人诉累及防止矛盾裁判具有至关重要的意义。从实务见解来看，诉讼系属的效力范围原则上已与“1.0版”意义上的诉讼标的脱钩，但例外情形下仍予以坚持。

案例三：甲向威海市中院起诉请求确认与乙签订的《房地产开发合作合同》有效，并要求乙办理合作项目的开工手续及缴纳相应费用。乙向山东省高院起诉请求确认该合同无效。山东省高院将两起案件合并审理。在审理期间，甲向山东省高院另诉请求乙按照同一份合同交付土地使用权。<sup>(30)</sup>山东省高院认为，甲应当在前诉中提起反诉，一并审理解决，而“没有必要就同一实质标的和同一合同事实再次起诉”，裁定驳回甲的后诉。最高人民法

(27) “北京新中实经济发展有限责任公司、海南中实（集团）有限公司与华润置地（北京）股份有限公司房地产项目权益纠纷案”，（2004）民一终字第107号。本裁定书刊登在《最高人民法院公报》2006年第8期。

(28) 例如，“蒋厚宣与胡晓勤不当得利纠纷一案民事判决书”，（2014）五通民初字第707号；“焦爱忠诉张效良、张秀菊物权保护纠纷一案民事判决书”，（2014）荷开民初字第799号；“王某甲诉王某乙、王某丙、王某丁遗赠纠纷一案民事判决书”，（2014）青民五终字第2075号；“胡连爱与佛山市禅城区国土城建和水务局房屋拆迁补偿合同纠纷一案民事判决书”，（2014）佛城法民一初字第1389号等等。区别在于多数地方法院法官采用判决驳回诉讼请求的方式。不过，实务上也有采用近似于“2.0版”的少数例外。例如，“卜凌娟、卜雷、吴家英诉庞锦、杨春芳、庞松提供劳务者受害责任纠纷一案民事判决书”，（2012）玉区法民初字第34号（二审法院指令一审以提供劳务者受害责任纠纷而非原告坚持主张的劳动合同关系进行审判）。

(29) 诉的选择性合并是指原告并行提出相互不能兼容的复数诉讼请求，其中之一得到法院承认则其余请求视为自动撤回。诉的预备性合并是指原告按顺序提出复数诉讼请求，如排列在先的请求未得到法院承认，则继续审理在后的请求。

(30) 为了回避当事人相同的障碍，甲在后诉中列丙为无独立请求权第三人，并在山东省高院裁定驳回前申请变更丙为共同被告。这一事实因素不影响本文的分析。

院二审认为，甲在前案的诉讼请求为“确认之诉与给付之诉的合并之诉”，但给付内容与本案给付之诉的内容并不相同，“前案中的诉讼请求不能涵盖本案中的诉讼请求”，遂裁定撤销一审裁定，指令山东省高院审理后诉。<sup>(31)</sup>

本案可以划分为两个部分，即甲、乙分别向不同法院提起彼此矛盾的诉讼请求以及甲先后向同一法院（前案合并后）提起具有不同给付内容的诉讼请求。对于前者，无论依据“1.0版”还是“2.0”版标准，因针对同一实体法律关系的给付之诉与消极确认之诉所对应的要件事实不同，诉讼请求或权利保护形式也不同，故构成彼此独立的两个诉讼标的。但由于给付之诉以确认法律关系有效为隐含前提，与否认其效力的消极确认之诉在法律效果上相互抵触，为防止矛盾裁判，法院一般会以先立案的法院统一管辖的方式对案件合并审理。当然，由于对法律效力的确认构成给付之诉的先决事项，将后立案的确认之诉并入先立案的给付之诉，对此实务上并无分歧。但如果两种诉讼颠倒立案的顺序，在理论上应否将后诉并入前诉则不无争议。<sup>(32)</sup> 本案中山东省高院似乎出于级别管辖的考虑，由受理消极确认之诉且立案顺序在后的该院统一行使管辖权。但无论如何，就禁止针对同一法律关系向不同法院另行起诉而言，实务上一般不受“1.0版”或“2.0版”标准的拘束，而在更宽泛的层面上将不同类型的诉讼合并审理或要求被告提起反诉。这既可以说法院采用“3.0版”衡量标准，以围绕同一法律关系发生的整个纠纷事件作为界定诉讼系属效力范围的标尺，也不妨说法院为防止矛盾裁判及节省司法资源，对诉讼标的作扩大处理。

后者并非典型的诉讼系属后当事人另行起诉的情形。虽然同一份合同下不同的给付内容构成不同还是同一实体请求权尚有展开类型化讨论的余地，但为节省司法资源及减轻当事人的诉累，有必要尽量将基于同一法律关系产生且彼此可兼容的给付请求纳入同一诉讼程序解决。在此意义上山东省高院要求甲在前诉中提出反诉而非另行起诉，并非没有道理。最高院认为后诉的给付内容因没有被前诉涵盖而可另行起诉，或者说将诉讼系属的效力范围限定为前诉的给付请求（及其依据的请求权），恐怕与两个给付请求的内容不相矛盾、当事人诉讼地位相同且向同一法院提起等因素紧密相关。换言之，只有在这种较为特殊的情形下，法院才宜采用“1.0版”标准或者适用是否被前诉“涵盖”的分析进路。倘若相关构成因素发生实质性变更，例如另诉向不同法院提起、当事人诉讼地位对调，最高院的此项判决理由显然更富争议，也更有必要予以调整。

## （二）判决后（既判力遮断效意义上）的诉讼标的

实务上围绕诉讼标的的争议主要发生在法律文书生效后，当事人提起的后诉是否属因违反“一事不再理”原则而不予受理或者说受前诉既判力遮断的领域。此类案件为数最多，类型也最为丰富。归纳起来，大致可分为以下几类：其一，后诉旨在否定或架空前诉生效法律文书的主文，通常由前诉败诉的被告作为原告提起，典型者如旨在否定给付判决的消极确认之诉。其二，后诉旨在实现前诉未实现的法律效果或诉讼目的，通常仍由前诉原告提起，典型者如基于不同的法定事由再次提起确认合同不成立、解除、可撤销或无效之诉。其三，后诉更改对法律

(31) “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”，(2005)民一终字第86号，【法宝引证码】CLI.C.67402。

(32) 参见前引〔13〕，高桥宏志书，第110页以下。一种观点认为，此时应中止后诉（给付之诉）的审理，等待前诉（确认之诉）的审判结果，但无需将后诉移送给前诉的受诉法院。

关系性质的主张,意在实现前诉未实现的给付目的或者抵消前诉判决的法律效果,当事人诉讼地位既可能相同也可能对调,典型者如先以民间借贷为由后以不当得利为由请求偿还同一款项。其四,给付判决生效后发生了新的事实,原告基于新事实再次起诉旨在实现同一给付目的,典型者如当事人在执行阶段就债务履行达成协议,债权人因债务人未履行新协议起诉请求履行。其五,依据同一实体法律关系,原告通过后诉主张未被前诉判决涵盖的给付内容,典型者如就前诉判决之后新产生的利息提起给付之诉。下文结合相关裁判文书分别予以分析。

### 1. 后诉旨在否定前诉法律文书

案例四:甲与乙公司签订《抵押借款合同》,约定由甲借款420万元给乙公司,后者以其房产提供抵押担保。第二天,乙公司法定代表人丙向甲出具借条,载明丙因资金周转需要向甲借款420万元,丁提供担保。后因借款逾期未偿还,甲一并起诉乙公司、丙、丁。诉讼中乙公司承认丙以公司名义为其个人借款签订《抵押借款合同》的事实,经调解双方达成协议,由乙公司负责偿还借款。其后乙公司(已更换法定代表人)起诉,主张《抵押借款合同》未履行,请求撤销抵押登记,判令甲承担未支付借款的违约责任。最高人民法院再审认为,虽然前后两诉主体、诉讼请求不尽相同,但诉讼标的是同一笔借款、同一抵押物,因此构成重复诉讼。<sup>[33]</sup>

本案前诉因未经法院作出判决,故无法直接适用既判力理论进行讨论。<sup>[34]</sup>不过,前诉通过乙公司的自认已确认《抵押借款合同》与借条系同一笔借款的两份凭据,而由乙公司对所涉借款负责偿还也已为生效调解书所确定。在后诉中乙公司试图将《抵押借款合同》与案涉借款予以拆分,主张因甲未按合同约定向其交付借款,其不负还款义务,且抵押登记应予撤销。显然,后诉请求旨在否定前诉调解书确定的内容。虽然前诉为给付之诉,后诉相当于因对方根本违约而行使合同解除权的确认之诉(亦有观点认为是形成之诉),且在理论上后者并非前者的先决事项,但为了防止后诉裁判否定前诉调解书确定的内容,最高院突破了形式上的请求权基础(独立的抵押借款合同)及当事人诉讼请求的限制,而以“3.0版”的纠纷事件作为划分“一事不再理”范围的标尺。只要前后诉针对的是同一法律关系或纠纷事实,且后诉旨在否定前诉法律文书确定的内容,实务上一般都忽略二者的实体请求权、诉讼请求或权利保护形式是否相同,排斥对后诉的实体审理。<sup>[35]</sup>

### 2. 后诉旨在实现前诉未竟的目的

案例五:甲以政府政策调整,发生情势变更致使《承包山林租赁合同》无法继续履行且乙长期未履行为由,请求解除合同、乙返还领取的生态公益补偿款。法院判决驳回诉讼请求。甲再次起诉,以乙故意隐瞒事实致使其在不知情的情况下签订租赁合同为由,请求撤销合同、乙返还生态公益补偿款等款项。两审法院均认为后诉违反“一事不再理”原则,裁定驳回起诉。经上一级法院裁定并指令再审,原二审法院再审认为两个诉讼的诉讼标的、

[33] “梧州明兴房地产开发有限公司与陈江借款合同纠纷申请再审民事裁定书”,(2011)民申字第1657号。

[34] 根据民事诉讼法第124条第5项的规定,当事人对调解书已经发生法律效力后又起诉的,法院不予受理。就此而言,调解书具有排斥受理后续诉讼的消极既判力。但因调解书并非在提供程序保障前提下基于对要件事实的判定作出,学理上一般否认其具有积极既判力(在后诉中拘束法院、当事人)。

[35] 前后诉都为给付之诉的,参见“石河子市奥特房地产开发有限公司与新疆汇成基业电子有限公司承揽合同纠纷上诉案”,(2015)兵八民二终字第58号;前诉为给付之诉,后诉为确认之诉的,参见“刘绍先等与首都医科大学宣武医院医疗损害责任纠纷二审民事裁定书”,(2015)二中民终字第08423号。

法律依据不同，不构成“一事”。<sup>(36)</sup>

本案后诉再审法院认为，虽然前后诉均指向同一份租赁合同，且诉讼主要目的一致（使合同效力归于消灭及被告返还领取的款项），具体诉讼请求也有重合与交叉，但前诉依据的是合同法第94条及“合同法解释二”第26条关于合同解除权的规定，后诉依据的是合同法第54条有关合同撤销权的规定，二者的诉讼标的并不相同。不言而喻，根据“不告不理”原则，前诉法院的审判范围仅限于合同是否因情势变更而解除，不会涵盖被告有无欺诈而可撤销。而且，驳回行使解除权之诉判决的效力仅及于特定解除权的构成要件不成立，并不拘束后诉法院对撤销权是否成立作出判断，也不会对该事项形成遮断效。故围绕合同是否可撤销构成独立的诉讼标的，当事人可在确认解除合同之诉被驳回后再次提出请求。这种以实体权利或“1.0版”标准来界定前诉确认或形成之诉判决的既判力客观范围，应是实务上的通常做法，在理论上也并无异议。

### 3. 后诉更改对法律关系性质的主张

案例六：甲起诉请求确认《合作协议书》无效及乙返还转让金15万元、赔偿损失10万元。法院经审理认定双方构成合伙关系而非合作关系，经释明甲拒不变更诉讼请求，遂裁定驳回起诉。其后甲起诉请求确认《合作协议书》转让采矿权及合伙无效，且请求乙返还转让金15万元、赔偿损失10万元。一、二审法院均裁定驳回起诉。最高人民法院再审除了认定本案未经实体审理不构成一事不再理之外，还明确指出：后诉诉讼请求及事实理由发生变更，因而不构成重复诉讼。<sup>(37)</sup>

当事人在前诉败诉后，变更对法律关系的主张并提出与前诉请求完全相同或略有差别的前诉，法院对此应否受理并进行实体审判，构成实务上一个极富争议的问题点。本案中最高院忽略前后诉均指向同一份合作协议及完全相同的给付内容，而是认为前后诉基于不同性质的法律关系主张（合作关系与合伙关系）及事实理由，不构成重复起诉，言下之意即诉讼标的不同。表面上这是以当事人的诉讼请求及事实理由为标准，看似采用“2.0版”标准，实则仅择取不同的法律要件事实而无视生活事实的同一性，相对来说更接近“1.0版”标准。当然，对于这一问题，最高院自身也存在裁判观点相左或“同案不同判”现象。<sup>(38)</sup>但从各地法院作出的裁判文书来看，将依据不同的法律关系提起的前后诉视作具有不同诉讼标的的见解似乎更为常见。<sup>(39)</sup>换言之，对于此类型案件大多数法院受理后诉并进

(36) (2011)穗中法审监民再字第9号。转引自“从化市吕田镇安山村东门经济合作社与夏东垣、夏春林林业承包合同纠纷二审民事判决书”，(2014)穗中法民二终字第1524号。

(37) “王建与嘉峪关拓基矿业有限责任公司合伙协议纠纷申请再审民事裁定书”，(2015)民提字第5号。从判例法的理论来看，本案最高院的观点并非判决结果的前提，因而仅是不具有法律效力的“附带意见”或“傍论”（*obiter dictum*），而非“判决理由”（*ratio decidendi*）。不过，由于本文重在裁判观点的揭示，这一缺陷不会影响分析结论。

(38) 例如，甲先起诉请求乙返还工程款，之后申请变更诉讼请求为被告返还不当得利。法院判决驳回诉讼请求。之后，甲以侵权纠纷为由起诉，请求乙承担侵权赔偿责任。一审法院裁定不予受理。最高人民法院二审认为，原告基于同一纠纷事实，以相同的当事人为被告，向原审法院先后提起不当得利返还之诉和侵权损害赔偿之诉，尽管前后的诉讼理由不同，但实质的诉讼标的是相同的，即同一笔100万美元汇款产生的纠纷，因此后诉违反一事不再理原则。“美国EOS工程公司诉新峰发电公司等侵权纠纷案”，(2003)民四终字第2号。

(39) 例如，“罗永辉与陈强民间借贷纠纷二审民事判决书”，(2011)浙金商终字第1146号“郝桂亮等合伙协议纠纷审判监督民事判决书”，(2015)一中民再终字第03831号“张浩诉郝静不当得利纠纷民事判决书”，(2015)呼民四终字第00248号；等等。

行实体审理。

#### 4. 后诉基于新的事实提起

案例七: 甲从债权人处受让生效判决确定的债权, 并与债务人乙签订《债务偿还协议》, 除生效判决所确定的债务之外约定违约金及分期偿还方式。因乙未按协议约定还款, 甲起诉请求确认承受生效判决所确定的债权, 判令乙返还欠款。一审法院裁定驳回起诉。最高人民法院二审认为, 本案所涉债权债务关系已经由生效判决确定, 债务人应负义务不再因债权的转让而发生改变, 债权受让人可以向生效判决的执行法院申请变更执行主体, 无需另行提起诉讼以确定其债权。至于双方另行约定了违约金, 则应视为双方在执行过程中达成了和解, 不能自动履行时, 仍应执行原生效判决。<sup>(40)</sup>

案例八: 甲依据《资金拆借协议》起诉乙偿还借款, 经调解确认债权约1千万元。执行阶段, 乙偿还了500万元, 在引入第三方债务承担人的前提下双方签订《欠款归还协议书》, 确认债权债务额为2千万元, 甲申请解除对乙的财产保全措施并终结执行程序。其后, 甲依据《欠款归还协议书》起诉请求乙偿还2千万元。最高人民法院再审认为: 本案一、二审认定《欠款归还协议书》系前案民事调解书剩余债务的延续及扩大有事实依据, 并未违反“一事不再理”原则。<sup>(41)</sup>

债权受让人与原债权人具有相同的法律地位, 故“案例七”中甲的受让人身份并不影响前后诉当事人的同一性。两个案例均属于当事人通过签订新的协议, 对已为生效法律文书所确定债权之数额、偿还期限、“违约”责任等重新加以约定, 且债权人依据新协议请求债务人给付。因新协议仅是对既存的债务作出履行上的调整和重新安排, 而非表示在当事人之间发生一笔新的债权债务, 由此是否构成“民诉法解释”第248条规定的“新的事实”而可以再次起诉,<sup>(42)</sup>或者说作为新的诉讼标的成为后诉审判的独立对象, 也是实务上一个颇具争议的问题点。“案例七”中最高院将债务履行的新协议视作执行和解, 对此无疑持否定态度; 但“案例八”中最高院则认为, 当事人的新协议系对调解书确定之债务的延续及扩大, 可予以受理并作出实体审判, 显然是持肯定立场。尽管从表面上看, 二者都将实体法律关系作为判断诉讼标的之基准, 但前者否认债务履行协议构成新的债权债务关系, 乃是基于当事人间仅围绕一笔债权债务发生纠纷的事实; 后者则强调当事人通过新协议超越和替代了原债权债务关系, 因而更侧重形式上的权利基础而非纠纷事实本身。相对而言, 前者采用的是“2.0版”标准, 后者则更接近“1.0版”。

当然, 两案裁判观点的分歧很可能是受其他因素的影响, 即前案申请执行期间尚未届满, 而后案执行程序已因达成新协议而由债权人申请撤销并终结, 且还款协议约定的偿还金额超过前诉请求及调解书确认的债务数额。后案更有保护债权人信赖利益之必要, 除允许其再次起诉之外已无其他救济途径。最高院虽在两案中均未明言, 但这种解读应该比较

(40) “秦皇岛秦发实业集团有限公司、香港新中国集团有限公司、广州市晋新房地产开发有限公司、中国华水水电开发总公司、广州市建筑置业有限公司、中国东方资产管理公司广州办事处借款合同纠纷民事裁定书”, (2012)民四终字第4号。

(41) “刘国辉与洪清宜、谢世勇借款合同纠纷民事裁定书”, (2013)民申字第1657号。

(42) 该条规定“裁判发生法律效力后, 发生新的事实, 当事人再次提起诉讼的, 人民法院应当依法受理。”当然, “新的事实”内涵并不明确, 与诉讼标的的关系也有待辨析。

符合其裁判背后的司法政策考量。<sup>(43)</sup>

### 5. 后诉提出部分请求

案例九：甲在前诉中请求乙返还借款及计算至2008年10月20日的利息，其后起诉请求乙偿还同一笔借款在2008年10月21日至2012年11月15日间产生的利息。最高人民法院认为，两个案件的诉讼请求虽属于同一笔借款本金所产生的利息债权，但诉讼标的数额不同，产生的时间段不同，故两个案件审理的并非“一事”。<sup>(44)</sup>

能否在借款返还诉讼胜诉后就新产生的利息单独请求给付，关键在于对部分请求时诉讼标的的界定。如果将一笔借款及其利息视作同一诉讼标的，则不论前诉是请求本金及全部利息（实务上通常表述为“支付利息至本金付清时止”），还是只请求截至某个时点的利息或部分本金，判决效力均及于诉讼标的的整体，债权人就剩余本金或利息提起后诉将受遮断。反之，如果对债权人的后诉持宽容的立场，认为“部分的债权”构成独立的诉讼标的，那么后诉就不受前诉判决的遮断。<sup>(45)</sup> 最高院认为本案利息给付请求未被前诉判决所涵盖，且构成可独立主张的“利息债权”，显然肯定了判决后新产生的利息可构成独立诉讼标的。如果说这一判解尚能以“民法解释”第248条作为规范依据的话，对于后诉中提出前诉“残余”的请求，有的法院也予以受理并进行审判。<sup>(46)</sup> 这种裁判观点摆脱了实体请求权的束缚，甚至比“1.0版”的衡量标准更狭窄，从而使诉讼标的之内涵外延更具弹性和张力。

通过上文对相关裁判文书的整理与解析，可以得到以下几点重要发现及启示：首先，诉讼标的理论所要回应的实务问题极其庞杂，“请求权竞合”仅构成其中微不足道也相对容易解决的一部分（上引案例中严格意义上的请求权竞合案件未见一例），因而研究的视野或“问题意识”需超越以往的局限。其次，以最高人民法院为代表，各地各级法院判解中的诉讼标的并非统一的或一以贯之的。虽然立案后确定审判对象及判断诉的变更、合并意义上的诉讼标的适用狭窄的“1.0版”衡量标准，在此意义上诸如“我国实务上采用旧实体法说”的论断尚能成立，但案件发生诉讼系属后禁止并行诉讼意义上的诉讼标的，往往既非旧说也非新说所能概括。而在既判力遮断效（“一事不再理”）的程序场景下，法官认知中的诉讼标的也具有因案件类型而异的可变性或相对性。为防止后诉推翻前诉法律文书，其可宽至“3.0版”标准（如“案例四”），但为受理权利人就“残余”部分提出的请求，其窄又可能甚于“1.0版”标准（如“案例九”及相关裁判）。最后，诉讼标的相对化的第二层含义也有所显现。也即诉讼标的并非法院判断诉讼系属、禁止重复诉讼等的唯一考量因

(43) 对于债权人不能恢复执行，而依据执行阶段达成的和解协议、履行协议等再次起诉的情形，司法政策上一直持宽容态度。具体可参见朱婧、何东宁：《执行和解协议对原裁判文书未涉及或不能恢复执行的部分具有可诉性》，《人民司法》2012年第8期，第28页。

(44) “中国农业银行股份有限公司陕县支行与方大炭素新材料科技股份有限公司、三门峡惠能热电有限责任公司金融借款合同纠纷二审民事判决书”，（2014）民二终字第147号。

(45) 关于部分请求的诉讼标的之讨论，参见前引〔13〕，高桥宏志书，第96页。

(46) 例如，甲在前诉请求乙返还欠款及支付违约金4万元，一审法院经审理认定违约金总额为29万元，判决支持甲的诉讼请求。甲再次提起诉讼，请求乙支付剩余的违约金25万元。后诉法院认定，本案的诉讼标的是被告支付剩余违约金，而前一案件的诉讼标的是被告支付本金及部分违约金，故诉讼标的不同一。给付之诉在标的额可以分割的情形下，当事人基于级别管辖或者诉讼费缴纳等原因分别诉讼属于当事人对自己权利的处分，并不违背法律的强制性规定。参见“吉林延边石岬白麓纸业股份有限公司与倍缔纳士机械有限公司因承揽合同纠纷案”，（2008）淄民四终字第776号，【法宝引证码】CLI.C.822452。

素,其他因素有可能产生更重要的影响。这在“案例三”中已有充分的体现,对“案例七”与“案例八”的对比分析则展现得更加鲜明。

概而言之,尽管很难说实务界已具备使用“相对的诉讼标的”概念的明确意识,且不乏裁判见解不统一或“同案不同判”现象,但在民诉法学界整体还局限于体系性诉讼标的理论范式的现状下,实务界充分发挥实用主义导向的司法智慧,已在悄无声息中向“相对的诉讼标的”理论靠拢。民诉法学界即使不为域外诉讼标的理论“相对化”的潮流所动,恐怕也应顺应实务的发展动向,以新的研究范式在理论上予以重新整合与建构。

### 三、我国“相对的诉讼标的”理论之建构

从静态的横向截面看,诉讼标的的界定既以原告对诉讼请求的处分为基础,也应兼顾被告无需重复应诉之利益,还应维护尽可能一次性、集约化解决纠纷及防止突袭裁判、矛盾裁判的公共利益。相应地,就确定、塑造诉讼标的之权能与责任而言,应在原告、被告及法院之间进行合理分配。根据不同的利益衡量或不同的权责配置结构,诉讼标的的衡量标尺由窄到宽可大致分为“1.0版”、“2.0版”及“3.0版”三种。而以诉讼流程为轴来看,作为界定当事人攻击防御、法院审理判决之对象的概念工具,诉讼标的贯穿于诉讼的始终,并在不同诉讼领域、程序场景中发挥指示诉讼审判对象的功能。下文仍以横轴与纵轴相交错作为讨论的结构依据,在充分汲取上引裁判见解的基础上,围绕相关法律及司法解释条文展开解释论分析,逐一确定各程序场景下诉讼标的的应有之义。这种以相对化为前提的归纳与整合,旨在建构一套用以限定法官裁量权行使空间的解释论框架体系,防止“同案不同判”现象。

#### 1. 确定审判对象

就立案后确定诉讼审判对象而言,理论界与实务界一般均主张以原告的诉讼请求为判断基础,以狭窄的“旧实体法说”为判断标准。这样既不会对原告施加过重的提出诉讼请求与主张事实及理由之负担,也不致为了防止突袭裁判而要求法院承担额外的释明义务,还可以明确地向被告提示答辩防御之对象。不过,与典型意义上的“旧实体法说”不同,我国法院在立案阶段并不是通过识别实体权利来确定审判对象,而是赋予每个案件以更具弹性的“案由”。“案由”在形式上主要由“实体法律关系+纠纷”构成。<sup>(47)</sup>在相互区分的意义上,案由所指向的实体法律关系可以作为确定审判对象以及判断法院管辖、当事人适格、诉的变更等的基准。例如,上引“案例一”中,最高院将案由定为“侵害计算机软件著作权纠纷”而非“买卖合同纠纷”,以此认定该案不受仲裁条款的约束。“案例二”中,最高院认为“合作开发房地产合同纠纷”、“项目转让合同纠纷”系两个案由、两个实体法律关系,故案由的改变构成诉的变更。此时不论采用“1.0版”还是“2.0版”标准,都不会影响相关条文(如民事诉讼法第119条)的理解适用。

但是,在同一案由或实体法律关系下,当事人还可能主张不同的实体权利。例如,针对同一起网络购物纠纷,当事人可能请求解除合同、继续履行或损害赔偿,理论上当事人

(47) 参见罗东川、黄建中《〈民事案件案由规定〉的理解与适用》,《人民司法·应用》2008年第5期,第20页。

可以就此提出预备性诉的合并，在诉讼中主张诉的变更，在前者被法院判决驳回后起诉请求后者，但案由均为“网络购物合同纠纷”。在此意义上，案由或实体法律关系就难以作为把握诉讼标的的标尺。不过，受我国请求权理论体系未臻成熟，民事案件律师代理率偏低，法院内主要由司法辅助人员负责审查诉状材料，案件指向的请求权常须经实体审理后才能确定等因素的制约，在立案阶段根据案由标识案件的大致审理范围就已足够。<sup>(48)</sup>至于诉的变更、法院管辖、主体适格（包括原被告、共同诉讼人、有独立请求权第三人、无独立请求权第三人等）、既判力的客观范围等，则有待被告提出答辩、管辖权异议、反诉等，再根据需要逐一作出判断，且往往以适用“1.0版”标准为宜。由此可见，当事人的处分权构成这一场景下塑造诉讼标的的决定因素。

## 2. 诉的变更（诉的合并、反诉）

我国民法及司法解释仅规定了变更“诉讼请求”，而未对作为诉讼请求“质”之变更的“诉的变更”专门作出规定。如上引“案例二”及相关裁判文书所揭，实务上基本以“1.0版”作为判断诉的变更的标准。诉的变更除了对同一纠纷事件之法律关系定性的变更（如由劳动合同关系变更为提供劳务关系，由民间借贷合同关系变更为不当得利）以及基于同一纠纷事件所产生的不同实体请求权的变更（如因被告违约造成损害，由请求侵权损害赔偿变更为请求违约损害赔偿；因产品质量瑕疵，请求被告修理变更为请求退货），还包括对法律行为效力、权利保护形式（诉的种类）的变更。例如，原告起诉请求被告履行合同义务，后更改为请求确认合同无效并由被告承担赔偿责任，即围绕同一合同法律关系由主张有效变更为无效，由给付之诉变更为确认之诉，构成诉的变更。不同的实体请求权、不同的权利保护形式所对应的要件事实均不相同，采取狭窄的“1.0版”标准，有利于保障原告的起诉权与被告的抗辩权，严格遵守“不告不理”原则。当然，为了尽可能实现纠纷的一次性解决，应允许当事人在同一纠纷事件或生活事实（“3.0版”）范围内进行诉的变更。至于诉的客观合并及反诉，也应以“3.0版”为界并采用“1.0版”作为诉讼标的的衡量标尺，对此并无展开讨论的必要。<sup>(49)</sup>此外，为了尽可能减轻当事人的诉累及实现纠纷的集约化解决，实务上应准许原告提出诉的选择性合并及预备性合并。这不仅适用于请求权竞合的情形，也适用于存在复数的不相竞合但也不相兼容的请求权之场合（如原告请求退货同时预备性地请求被告修理）。

## 3. 诉讼系属

虽同属诉讼过程之中，但诉讼系属意义上的诉讼标的应作区别对待。诉讼系属后禁止重复诉讼可以分为两种类型：狭义上指的是当事人向不同法院提出内容相同的诉讼请求（即先后向甲、乙法院请求A），对此法院应裁定不予受理，受理后也应裁定驳回起诉。广

(48) 以案由或实体法律关系而非更具体的请求权作为确定审判对象的标准，因连带责任、不真正连带责任等引起的类似必要共同诉讼也是一个恰当的例证。当原告对不同的被告具有不同的请求权基础，而实体法或诉讼法规定复数被告承担连带或非真正连带责任时，通过实体法律关系而非请求权的“同一”，可以解释为何此时诉讼标的是一个，构成类似的必要共同诉讼而非普通共同诉讼。在此含义上的“实体法律关系”已接近于纠纷事实。关于不真正连带责任案件中诉讼标的的讨论，可参见罗恬漩、王亚新《不真正连带责任诉讼问题探析》，《法律适用》2015年第1期，第56页以下。

(49) “民事诉讼法解释”第221条规定，基于同一事实发生的纠纷当事人分别向同一法院起诉的可以合并审理，换言之构成诉的合并；第233条第2款规定，反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实的，法院应当合并审理。

义上还包括当事人针对同一法律关系或纠纷事件向不同法院提出不同的诉讼请求（如原告先向甲法院请求A1，再向乙法院请求A2；原告向甲法院请求A，被告向乙法院请求B；原告向甲法院请求被告为特定给付，被告向乙法院请求确认债务不存在或相反）。对此，法院在原则上应禁止当事人另行起诉并强制合并审理。<sup>(50)</sup>从法律根据来看，前者依据的是“民诉法解释”第247条第1款前段的规定，即相同当事人针对同一诉讼标的提出相同的诉讼请求，<sup>(51)</sup>在此情形下采用何种界定标准并无区别。后者依据的是《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》（法发〔1994〕29号，以下简称“经济审判规定”）第2条。<sup>(52)</sup>通过将不同的诉讼请求并入同一诉讼程序，以诉的客观合并、反诉甚至抗辩的形式作出合一审理与裁判，可以有效地节省司法资源，减轻当事人的诉累并防止矛盾裁判。<sup>(53)</sup>尽管大陆法系传统理论似因受旧说/新说二元论的局限，往往不借助诉讼标的来把握诉讼系属的效力范围，但在本文“三版本”的理论框架下，后者无疑就是将法院先受理之诉讼的标的扩张至“同一法律关系或者同一纠纷事实”，在此范围内的诉讼请求均由先立案的法院强制合并审理，或者说禁止当事人另行起诉。这在忽略当事人诉讼请求的意义上相当于采用“3.0版”标准。

反过来，这一见解也不违背“民诉法解释”第247条第1款将“诉讼标的”与“诉讼请求”分列为两个构成要件的内在逻辑。因为只有将“诉讼请求”所蕴含的诉讼种类或权利保护形式从“诉讼标的”中剥离，要件之间才不致发生重叠或导致“诉讼请求”要件形同虚设。<sup>(54)</sup>就此而言，该款所规定的诉讼标的只能在“1.0版”与“3.0版”两种版本之间进行取舍，以诉讼请求为构成要素的“2.0版”并无适用的余地。为保持标准的一致性，不妨对狭义上的诉讼系属禁止另诉也采用最宽泛的“3.0版”标准。但在禁止另诉及合并审理之后，也即在同一案件的界限下，仍可恢复为按“1.0版”判断诉的客观合并、变更及判决既判力的客观范围。

当然，对于广义的诉讼系属效力而言，禁止当事人另行起诉相当于限制当事人选择管辖法院的自由，且可能会增加其“打客场”时实施诉讼的成本及败诉风险。为平衡私人利益与公共利益，有必要在例外情形下保障另诉原告的管辖选择权或法定管辖利益。如果先立案的法院对另诉没有管辖权，是否因受理前诉而牵连地取得对另诉的管辖权，取决于司法政策偏好集约化审判还是尊重当事人的选择权，对此尚有讨论的余地；但如果后立案的法院对另诉有专属管辖权，则无论如何都不得将案件移送给先立案的法院合并审理。在此

(50) 最高人民法院在裁判文书中确认，诉的客观合并与普通共同诉讼（可理解为“诉的主观合并”或“诉的主客观合并”）不同，无须经当事人同意。参见“河北长天集团公司诉天津首方投资管理有限公司借款合同纠纷民事裁定书”，（2011）民二终字第42号。

(51) 该条规定“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉”，后诉与前诉如果“当事人相同”、“诉讼标的相同”且“诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”，构成重复起诉。

(52) 该条规定“当事人基于同一法律关系或者同一法律事实而发生纠纷，以不同诉讼请求分别向有管辖权的不同法院起诉的，后立案的法院应裁定将案件移送先立案的法院合并审理。”

(53) 如果因前案已辩论终结或进入二审程序而不能合并审理，则应视情况对后案中止诉讼或驳回起诉。

(54) “民诉法解释”出台以后，有学者基于传统的诉讼标的理论，认为第247条第1款将“诉讼请求”作为要件之一予以单列是多余的，甚至容易引起混淆，应予以替换或干脆取消。参见张卫平《重复诉讼规制研究：兼论“一事不再理”》，《中国法学》2015年第2期，第58页；夏璇《论民事重复起诉的识别及规制》，《法律科学》2016年第2期，第171页以下。这可以视为是一种基于“立法论”而非“解释论”立场的见解。

情形下，不妨说诉讼标的仍以最狭窄的“1.0版”为衡量标准。尽管这会削弱诉讼标的界定标准的一致性，但灵活可变、富有弹性才是诉讼标的“相对化”的真义，也更充分地体现诉讼标的作为指示性概念的含义。

另外，上引“案例三”中最高院通过裁判设置了另一种例外，即当原告针对被告向同一法院分别提起给付内容不同、相互不矛盾的诉讼请求，对此法院无需进行合并审理。该案因并非向“有管辖权的不同法院”起诉，故不能直接适用“经济审判规定”第2条的规定。而从利益衡量的角度看，由于两案均由同一法院审判，当事人的诉累及裁判冲突的风险相对可控，出于尊重当事人程序选择权的考虑，似乎也没必要非得将两个案件合并审理。

#### 4. 既判力遮断效（“一事不再理”）

为避免审判对象泛化，防止突袭裁判并赋予当事人实质性程序保障，大陆法系新近的理论对遮断效意义上的诉讼标的大致仍持保守立场，采用狭窄的衡量标尺。本文的研究发现，我国民事审判实务上的多数观点也与此接近。例如，上引“案例五”中再审法院将合同解除权与合同撤销权视作不同的诉讼标的，“案例六”所代表的多数法官将对同一法律关系（纠纷事件）的不同主张视作不同的诉讼标的，“案例八”中最高院将债务的履行协议或执行和解协议视作与原债务相区分的新诉讼标的，“案例九”中最高院甚至肯定剩余请求可作为独立的诉讼标的。这些判解存在共通的基础，即在前后诉诉讼请求趣旨一致（实现同一给付内容、同一给付的剩余部分或使同一法律关系效力归于消灭）的前提下，按照“1.0版”标准确定前诉法律文书遮断效的范围，凡未被前诉所涵盖的纠纷内容，均可构成独立的诉讼标的并通过后诉予以请求。

根据民事诉讼法第124条第5项的规定，诉讼标的所标识的既判力客观范围划分了当事人再诉与申请再审的边界。<sup>(55)</sup> 为了尽可能减轻再审对裁判确定性和终局性的冲击，在司法政策上也有必要限缩诉讼标的的衡量标尺，从而为当事人再诉留有余地。在此政策导向下，对“民诉法解释”第247条第1款后段关联的“诉讼标的”应作从严界定。按照该款三项要件之间的逻辑关系，仅当后诉与前诉诉讼标的相同时，才需要进一步判断诉讼请求是否相同或是否实质上否定前诉的裁判结果；如果诉讼标的不同，后诉即不构成重复起诉，无需深入诉讼请求层面进行考察。例如，以“案例六”为代表的一系列基于与前诉不同之法律关系主张所提起的后诉，因实务上一般认为与前诉的诉讼标的不同，尽管诉讼请求相同或仅存在细微差别，仍不受禁止重复起诉原则的拘束。“案例八”也同样如此。但如果采用宽泛的“3.0版”标准，因这些案例前后诉的诉讼标的相同，诉讼请求也相同或重叠，后诉就会因构成重复起诉而被禁止提起。当然，为尽量避免后诉之发生，应放宽对被告围绕同一纠纷事件或法律关系提起反诉或抗辩（并进一步引发原告的再抗辩）的限制，通过扩充审判对象范围并在为当事人提供实质性程序保障的前提下，相应扩大判决的遮断效范围。<sup>(56)</sup> 这

(55) 该项规定“对判决、裁定、调解书已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外”。该款所称“案件”指的是案件的标的，用以衡量法律文书的效力范围。

(56) 在严格意义上，针对反诉的判决才具有遮断效或“一事不再理”的效力，而抗辩与再抗辩处于要件事实而非请求的层面，法院所作认定纳入裁判理由而非判决主文，故仅具有预决效或“争点效”。不过，由于我国民事审判实务上反诉、抗辩、否认等相互交织，往往很难区分，本文不加展开。关于我国语境下的既判力与预决效之区别，参见王亚新、陈晓彤《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条和第247条解析》，《华东政法大学学报》2015年第6期，第12页以下。

也是诉诸当事人处分权从而引起诉讼标的相对化的一种情形。

不过,除上列前后诉之诉讼请求趣旨一致、诉讼种类相同的案例以外,尚有以“案例四”为代表的另一大类案件,即后诉旨在否定前诉的裁判结果。在此情形下,为维护前诉裁判的终局性及防止矛盾裁判,应尽量排斥对后诉的受理与裁判。置于“民法解释”第247条第1款的制度语境下,则必须对其中的“诉讼标的”作从宽解释。这是因为,如果采用狭窄的诉讼标的衡量标准,一旦当事人像“案例四”中的乙公司那样,依据不同的事实或请求权基础(如不同的合同约定、法律条文、法律关系定性)提出后诉,因诉讼标的不同而径直不构成重复起诉,就无法适用该款第三项要件来禁止后诉。从“民法解释”施行以后公开的裁判文书来看,各法院已呈现出重视后诉请求与前诉裁判的相斥性,而对诉讼标的作宽泛处理的共通趋势。典型者如最高院新近审结的一起再审案件:甲与乙约定就股权转让款签订《借款协议书》,甲依据该协议起诉请求乙偿还借款,法院判决甲胜诉;此后,乙以股权转让纠纷为由向另一法院起诉请求甲返还其多付的股权转让款。最高院再审查认为,前后诉“基于同一事实”,并以后诉的诉讼请求否定前诉的裁判结果为由,维持原审法院驳回起诉的裁定。<sup>(57)</sup>所谓“同一事实”显然超越了对法律关系或实体权利的主张,相当于“3.0版”标准意义上的同一纠纷事件。<sup>(58)</sup>

因此,既判力遮断效或“一事不再理”意义上的诉讼标的具有更进一步相对化的含义。如果前后诉的请求相同或趣旨一致,则诉讼标的采用“1.0版”标准,尽可能使后诉不被前诉法律文书的既判力所遮断;但如果后诉旨在否定、推翻前诉的裁判结果,则诉讼标的采用“3.0版”标准,从而通过诉讼请求与前诉裁判的相斥性来禁止后诉的提起。<sup>(59)</sup>当然,诉讼请求趣旨一致与后诉请求否定前诉裁判结果在实务上可能会发生重合。<sup>(60)</sup>对此有待在积累审判实务经验的基础上归纳、提炼出更具体明确的界分依据。但对大多数案件而言,这样一条标准似乎就已足够:如果前诉裁判主文所确定的内容具有积极的法律效力(原则上为支持原告的诉讼请求,包括确认合同效力、未成立、解除、撤销,被告负给付义务等;例外是有的驳回原告确认合同无效的请求的裁判会产生相当于确认合同有效的积极效力),而后诉对于该判项提出相矛盾的请求,则均属于“后诉的诉讼请求实质上否定前诉的裁判结果”,采用“3.0版”衡量标准。反之,前诉裁判主文所确定的内容不具有积极的法律效力(如驳回原告的给付请求、确认合同未成立、确认侵权法律关系不存在等),因不存在否定前诉裁判确定内容的可能,仍对后诉持宽容态度,适用“1.0版”衡量标准。

综上所述,可以用结构图的方式标识我国“相对的诉讼标的”理论体系:

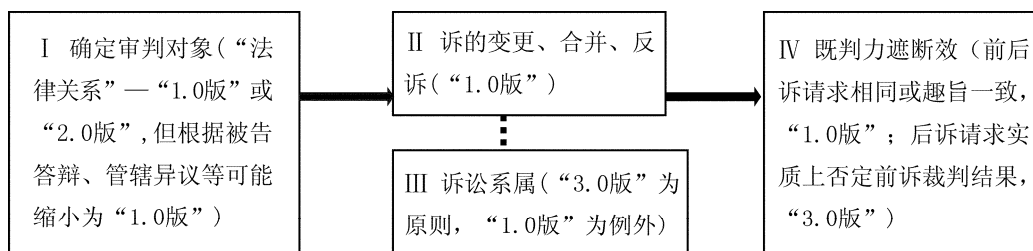
(57) “许家菲与王三明明一案再审民事裁定书”,(2015)民申字第1551号。

(58) 另可参见“新疆农洋洋国际贸易有限公司诉新疆农资(集团)有限责任公司侵害商标权纠纷民事裁定书”,(2015)新民三终字第16号;“徐凯与周新皓一案二审民事裁定书”,(2015)鄂恩施中民终字第00604号;“洪艳平与时建新、中国人民财产保险股份有限公司沈阳市铁西支公司因机动车交通事故责任纠纷民事二审裁定书”,(2015)沈中民一终字第1493号;等等。

(59) 类似的观点,可参见前引〔56〕,王亚新等文,第14页。

(60) 例如,原告起诉请求确认国有资产转让协议因未经审批未生效,被告返还占有的财产,法院判决认定转让协议未生效,但返还财产的请求因合同效力待定而不予支持;原告再次起诉请求解除转让协议,被告返还涉案财产,法院二审认定原告的后诉请求实质上否定前诉的裁判结果,裁定驳回起诉。前后诉请求的趣旨均是为了实现涉案财产的返还。参见“怀化泰神药业有限公司、贵州泰神药业有限公司与铜仁市碧江区财政局、铜仁市碧江区工业贸易局企业出售合同纠纷案民事裁定书”,(2015)黔高民商终字第6号。

## 诉讼标的理论的新范式



显然, “1.0版” 或者说 “旧实体法说” 仍占据主要的位置, 与实务上的一般见解大致保持一致。<sup>(61)</sup> 就此而言, 我国仍可以 “旧实体法说” 为原则把握、识别诉讼标的, 并在例外情形下予以扩张, 由此尽可能维持概念的统一性。但这是在相对化的认知框架下通过逐一辨析、归纳推理而获得的结论, 并非固守体系性研究思路并通过演绎推理所能论证。而一旦理论上承认诉讼标的在不同场景下——即使作为例外情形——具有不同的内涵外延, 体系性理论范式便不可逆地走向衰退, 向新范式转换也在所难免。

---

**Abstract:** The concept of “subject matter” of claims is widely regarded as the backbone of civil procedure theory. The monistic or systematic paradigm or research pattern has been very popular among researchers of “subject matter” in China. The Chinese civil procedure law circle has tried to borrow a specific theory of “subject matter” from other civil law countries and make it the only and invariable standard applicable to every main procedural aspect. However, all the efforts under this paradigm seem to have failed either to achieve their theoretical goals, or to respond to the chaotic use of the concept in judicial practice. In other words, this research approach does not contribute much to the containment of the abuse of judicial discretion. Not surprisingly, the monistic or systematic paradigm has disappointed judges and encounters theoretical crises. Driven by such factors as new trend of theoretical development in western countries, amendments of civil procedure rules and publication of judgments online in China, a shift towards a variable or indicative paradigm is taking place. This paper reviews the new trend of development towards variable theory of subject matter in Germany, Japan, the United States and European Union, examines and distinguishes between different usages of the concept of “subject matter” in four main procedural aspects, and sums up current judicial experience in the application of the concept in each aspect. Furthermore, it carries out interpretation work on rules of civil procedure relating to “subject matter” and tries to construct an integrated concept of “subject matter” applicable to both theoretical and practical fields. Such a reintegrated concept has three layers of meaning and aims to minimize the abuse of judicial discretion in different procedural aspects.

**Key Words:** subject matter of claims, *lis pendens*, relitigation of action, *non bis idem*

---

(61) 例如, 有较具权威性的解说书认为, 在诉讼标的的诸学说中, 旧实体法说 “与我国民事诉讼实践需求的契合度, 是其他诉讼标的的理论所无法比拟的”。参见沈德咏主编 《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。