

诉讼标的之本土路径

严仁群*

内容提要：美、德、日等国已在诉讼标的的问题上作出了明确选择，而我国实务仍呈纷乱状态，至少有三条路径并存。既往的标的论低估了新、旧说之差异，高估了新说一次性解决纠纷之功效，诉讼标的相对论对新、旧说之折中并不合理。事件说在纠纷的一次性解决上最为彻底，而其缺陷其他诸说也有。国内法院普遍排斥竞合合并、预备合并，现行法苛待诉的变更，多数当事人系本人诉讼，故本土目前不具备采新说、事件说和相对论的条件，最高人民法院的新路径也不可采，只能采旧说。但应通过释明等措施尽力减少其负面效果，并朝新说乃至事件说努力。

关键词：诉讼标的 EOS 案 事件说 竞合合并

一、问题的提起

诉讼标的所指涉的问题是：在具体案件中，当事人的诉讼对象和法官的审理对象是什么？诉讼的主题是什么？^{（1）}显然，诉讼标的的不明，则当事人的攻击、防御以及法院的审理都将会失去方向。“只有当标的确定时，有秩序的程序才可想象。”^{（2）}因此，这是一个灵魂性的、贯穿案件始终的问题，可以说是（一审）法官们每天都要面对的。此外，关于诉讼标的，还存在诸如侵权之诉败诉后当事人能否再提起合同之诉，这可能关乎实质正义的问题。

然而，既有的研究不但有量上的不足，而且有质的缺陷。其一，缺少对本土实务状况的关注。既有的著述中几乎看不到对本土真实个案的分析，也看不到对实务上相关问题之揭示。十多年前我们或许能以缺少公开的裁判文书为由为这一状况辩护，但时至今日，已

* 南京大学法学院副教授。

本文受南京大学 985 项目三期资助。

（1）围绕该主题的讨论可能涉及或衍生若干争点，例如某项要件事实是否存在，当事人之间是否存在不同于原告主张的另一法律关系，但不可将主题与争点混同。就此而言，所谓浮动（动态）的诉讼标的论是错误的。参见 [日] 高桥宏志 《重点讲义民事诉讼法》，有斐阁 1997 年版，第 58 页。转引自王亚新 《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社 2002 年版，第 97 页。

（2）[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 197 页。

有一些法院公开了部分案例,一些数据库所能提供的案例的绝对数量甚至已较可观。这时仍停留于对域外学说的转述,或作一些空泛的议论,是不合适的。其二,缺乏对本土实际情境之考察,没有考虑本土到底有哪些实际因素对诉讼标的的路径之选择有重大影响。在这种状况下对于诉讼标的问题的讨论以及所给出的结论,也就很难说是契合于本土的。其三,未能全面了解诉讼标的理论,对已知诸说的把握也不够精准。例如,不了解在大陆法系以外是否存在不同的标的理论或实践,对新说(诉讼法说)和旧说(旧实体法说)的理解不够准确。这种视野之不开阔以及理解之误差,也会危及本土路径之合理选择。

本文试图寻找适合本土的诉讼标的的路径。首先通过数个真实案例展示国内实务上诉讼标的之多路径。然后探讨德、日学者所忽略的另一重要的标的的路径(美国的“事件说”),并在此基础上重新评价诸说,揭示新、旧说差异之被低估,以及它们被忽略了共有的缺陷,揭示诉讼标的的相对论视角之不“公允”,⁽³⁾指出事件说本应是最优选项,尽管它并不完美。最后,通过将本土的情况与实施诸说之条件进行比对,探究哪些实际因素限制了我们的选择,从而表明当下只能选择旧说,但应朝着采新说乃至事件说的方向努力。

需要说明的是,尽管诉讼标的的与诉的变更、既判力等制度有所关联,但这并不表明在讨论诉讼标的的时需全面讨论这些关联问题。为免主题分散,本文不会对这些关联问题过多涉及。事实上,诉讼标的的没有能力单独决定这些制度的设计。例如,对于诉的变更,需要从多角度讨论若干因素(基础事实、法律理由或实体权利主张、诉的声明等)的变动是否应在允许之列,或在何种限度内应被准许,而不必也不能单纯依赖诉讼标的的这一概念,甚至可以避开这一概念。诉讼标的的固然通常应在既判力客观范围之内,但是否还有其他事项也应在客观范围之内,则不是诉讼标的的所能决定的。诉讼标的的不能被当作识别诉的变更、既判力客观范围的试金石。在这方面早有不少学者发出过警示。⁽⁴⁾

二、传统路径及最高人民法院的转向

学界一般认为我国实务采用的是旧说,⁽⁵⁾但是这种认识并不准确。实际上,目前实务上存在多种界定诉讼标的的路径。

(3) 诉讼标的的相对论者的观点并不一致。德国的相对论仅囿于新说,在一分肢说和二分肢说之间折中。我国台湾的相对论则试图在新说和旧说之间折中。日本主流学者(高桥宏志、新堂幸司等)的著述中已难看见关于相对论的叙述。所以,除特别声明外,本文仅讨论我国台湾的那种相对论。

(4) 例如陈荣宗《民事诉讼法》上册,台湾三民书局2009年版,第296页;[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;[日]新堂幸司《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第228页。

(5) 例如段厚省《民事诉讼标的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;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。前者的观点源自对最高人民法院1991年《关于幸伟克与张晓杰抚养子女纠纷申请再审案的复函》的解读,后者的则来自于对现行法关于共同诉讼、第三人的条文的解读。但后者对现行法的解读是错误的,因为即使在新说下,这些条文的表述仍可成立。例如,某案的共同原告针对被告的诉讼请求都是要求向他们返还同一物,而第三人则要求被告向自己交还该物,若采新说,仍可称共同原告的诉讼标的的“共同”的(同一诉的声明),也可称第三人对争议的诉讼标的的主张了独立的请求权(对原告的诉的声明有异议,并提出自己的实体主张)。

(一) 传统路径

由于国内法官遴选机制的缺陷,以及多数法科学生在校期间并未对诉讼标的之诸学说形成全面的认知,所以国内多数法官对诉讼标的的学说了解很少。但这并不表明他们未曾对诉讼标的的作过界定。事实上,裁判文书中对诉讼标的的界定并不少见,而且都类同于以下表述“诉讼标的是指当事人之间发生争议,要求法院裁判的民事实体法律关系”、⁽⁶⁾“诉讼标的是当事人之间发生争议而请求法院予以裁判的对象,或者说争议的实体法律关系或实体请求权”。⁽⁷⁾这种界定与国内早前权威教科书的表述基本一致。⁽⁸⁾不但如此,法院有时还依据这一界定(姑称之为“传统路径”)决定是否受理有重复起诉之嫌的后诉。

案1 原告与被告签订协议共同投资经营某洗浴部,后又约定由被告单独经营,被告每年付给原告若干承包金。后来双方约定原告退出合作,洗浴部可以由被告单方转让。原告起诉被告要求返还投资款,部分胜诉。后原告再次起诉,要求被告支付6个月的承包金。受诉法院认为前后两个案件的诉讼标的不同,因为“双方基于合作关系终止后所引发的投资款返还纠纷,与双方在合作期间因经营承包关系所产生的承包金缴付义务,系为同一法律事实上的两个不同法律关系”。⁽⁹⁾

案2 某公司凭藉一张收条起诉被告(曾是原告的员工)要求其返还借款3万元,因不能证明借款关系而败诉。后又以不当得利为由再诉,要求返还该3万元。法院不但受理了后诉,而且最终判原告胜诉,理由是被告虽然主张这3万元是原告对其营销业绩的奖励,但未能提供充分证据证明。⁽¹⁰⁾

值得注意的是,案2的审理法官是困惑于诉讼标的的学说之争的。其事后所写的案例评述称“原告的第二次起诉是否构成‘一事两诉’,关键要看两诉的诉讼标的是否相同。关于诉讼标的的判断标准,历来有旧诉讼标的的论、新诉讼标的的论、新实体法说等多种学说之争。由于目前尚没有一种学说堪称完美无缺,实践中我们只能从充分保护当事人权利的原则出发,灵活运用……虽然后诉的诉讼请求、事实主张与前诉完全相同,但其诉由发生了变化,即作为请求权基础的法律关系发生了变化。在前诉原告的诉请被驳回的情况下,如果不允许其变更诉由提起不当得利之诉,对其诉讼权利和实体权利的保护显然是不充分的。而且,由于诉讼能力等因素的影响,不可能要求当事人对法律关系的认识 and 选择一次到位。”⁽¹¹⁾

(6) “深圳市特发信息股份有限公司诉北京奈特时代科技发展有限公司买卖合同纠纷案”,北京市第一中级人民法院民事裁定书(2009)一中民终字第11717号。北大法宝CLI.C.183642。本文所引案例,除特别注明外,均来源于北大法宝案例库(为简便起见,仅注明北大法宝引证码)。

(7) “上海宝建(集团)有限公司与上海贵增钢铁有限公司买卖合同纠纷案”,上海市宝山区人民法院民事判决书(2009)宝民二(商)初字第173号。北大法宝CLI.C.534570。

(8) 该教科书认为诉讼标的是“原告请求法院通过审判加以保护的法律关系和实体权利”。柴发邦、江伟、刘家兴、范明辛《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第192页。

(9) “刘某某诉严甲合伙纠纷案”,上海市第二中级人民法院民事判决书(2009)沪二中民三(商)终字第59号。北大法宝CLI.C.471887。

(10) “张宇峰与上海叁和商事有限公司、上海颐和经贸发展有限公司不当得利纠纷案”,上海市第一中级人民法院民事判决书(2003)沪一中民四(商)终字第446号。北大法宝CLI.C.40525。

(11) 姚蔚薇《诉由不同举证责任分配与判决结果也就不同——张宇峰与上海叁和商事有限公司、上海颐和经贸发展有限公司不当得利纠纷上诉案》,http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/no1court_2802/docs/200407/d_13094.html,2012年4月1日访问。

尽管该案的审理法官未明言采用何种学说,但从其认为“诉由”就是“作为请求权基础的法律关系”,以及其最终结论来看,他们实际上是采前述之传统路径的。

显然,在案2中并不存在请求权竞合的问题。由此,至少对该案的受诉法院来说,若原告先提起侵权之诉,败诉后再就同一事实提起合同之诉,它是没有理由拒绝受理的。因为在并非请求权竞合的情况下,尚且允许当事人基于不同的实体请求权再次起诉,就更应该准许当事人因举证困难等原因败诉后就竞合的其他请求权再诉。

案3 P在某中级法院起诉,请求责令D支付工程款、偿付社会保障金、支付履约保证金,并主张对所建工程享有优先受偿权。在该案审理过程中,D就同一份合同向某基层法院起诉P,请求责令其赔偿损失。该院认为前案“虽与本案涉及同一建设工程施工合同,但并非同一诉讼标的,法院受理本案不违背‘一事不再理’的原则”。⁽¹²⁾可见该法院并未将建设工程施工合同这一法律关系视为(一个)诉讼标的,而是将该合同下的不同的权利(请求权)视为不同诉讼标的。但从前述传统路径之表述看,它仍是属于该路径的。

(二) 最高人民法院的两条新路径

在诉讼标的问题上,最高人民法院(不同的审判庭)在不同案件中发出了不同的声音。但最高人民法院仅在美国EOS工程公司诉新绛发电公司等侵权纠纷案(案4)中对诉讼标的的直接作过表述,而且完全背离了传统路径。⁽¹³⁾

案4原告EOS公司曾以被告应“返还工程款”为由向山西省高级人民法院起诉(前案),要求被告双倍返还保证定金100万美元,在诉讼过程中又将诉由变更为“不当得利”(100万美元),但一审法院判决驳回诉讼请求。原告提起上诉后又申请撤回,最高院裁定准许。后来,原告就同一纠纷又以侵权为由向山西省高院起诉(后案),要求被告返还同一款项。一审法院认为当事人不服生效判决应依法申诉或申请再审,故裁定不予受理。原告上诉称“以侵权纠纷为由起诉的案件与已审结的返还不当得利案件是两个不同的案件。”但最高院驳回了上诉,理由是“原告基于同一事实,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,但实质的诉讼标的相同,即EOS工程公司是为了解决其于1995年向山西省新绛县电厂筹建处汇付100万美元产生的纠纷而向人民法院提起诉讼的。EOS工程公司以‘侵权’为由,就同一诉讼标的再次提起诉讼,违反了‘一事不再理’的原则”。⁽¹⁴⁾

最高人民法院虽然称前、后诉分别是不当得利之诉和侵权之诉,但它认为前案与后案不同的只是诉讼理由,诉讼标的却是相同的。也就是说,它没有将因不当得利和因侵权而分别产生的法律关系或请求权作为诉讼标的,而是抛开实体法,将诉讼标的界定为当事人之间的纠纷。

相对于传统路径而言,对诉讼标的的这种界定是全新的(姑称之为“纠纷说”)。因为,按照传统路径,原告在前后案中主张的请求权以及作为其基础的法律关系是不同的,由此

(12) “河南省华亭置业有限公司和永城市发展投资公司与江苏省第一建筑安装有限公司建设工程施工合同纠纷案”,河南省商丘市中级人民法院民事裁定书(2009)商立民终字第7号。案例来源: <http://www.lawyee.net> (北大法意)。

(13) 最高人民法院早年(1991年)所作的《复函》(参见前引〔5〕)认为原告在其侵权诉讼(侵害监护权)请求被驳回后,还可再以子女抚养纠纷起诉。此态度契合于传统路径。

(14) 最高人民法院民事裁定书(2003)民四终字第2号。北大法宝CLI.C.67354。

应该认为诉讼标的的不同。此外，若采纠纷说，不但案2中的后诉不应被受理（或应驳回起诉），而且案1、案3中的后诉也不应被受理，除非对于“纠纷”作很窄的界定，例如认为案1涉及合作、承包两个纠纷。但这种界定很勉强，因为此界定的标准仍是实体法，而EOS案界定“纠纷”时是抛开了实体法的。最高人民法院（民四庭）的这一界定已经产生了一定的影响，已有其他法院效仿该案。以下即为一例。

案5 原告先是以解除双方的口头合同关系为由，起诉要求被告返还预付款28000元，法院审理后认为原告无权解除合同，驳回了诉讼请求。原告又以双方合同未成立为由再次起诉，要求返还该预付款。法院认为“尽管前后的诉讼理由不同，但实质的诉讼标的是相同的，即原告是为了解决其向被告预付的28000元货款产生的纠纷而向人民法院提起诉讼”。⁽¹⁵⁾

但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案（案6）中，⁽¹⁶⁾最高人民法院（民一庭）则展示了另一种标的的路径，虽然它没有用诉讼标的这一概念加以表述。

案6 原告鲲鹏公司先是起诉西港公司，请求确认双方签订的《房地产开发合作合同》有效，并要求被告办理合作项目的开工手续及缴纳相应费用。在该案尚未审结时，它又起诉西港公司和重点实业公司，要求西港公司按照前述合作合同交付土地使用权。最高人民法院认为并不构成重复起诉，因为前、后案的当事人不同，而且前案是给付之诉与确认之诉，而本案仅是给付之诉，两个“给付之诉的内容并不相同……前案的诉讼请求不能涵盖本案的诉讼请求”。

鲲鹏公司在前后案中对西港公司的请求都是基于因同一份合同而引发的纠纷，若按纠纷说，（至少对该被告而言）后诉应系重复起诉。但最高人民法院却从前、后诉的请求是否同一的角度判断是否属于重复起诉。从诉讼对象的识别来看，它依据的是诉的声明。⁽¹⁷⁾照此考量，案2中的后诉不应被受理，但案1、案3中的后诉应予受理。所以，它部分背离了传统路径。

在北京黄金假日旅行社有限公司与携程计算机技术（上海）有限公司、上海携程商务有限公司、河北康辉国际航空服务有限公司、北京携程国际旅行社有限公司虚假宣传纠纷案（案7）中，⁽¹⁸⁾最高人民法院（民三庭）似乎又提出了一种新的路径（姑称之为“三同说”）。它认为“判断是否属于重复诉讼，关键要看是否是同一当事人基于同一法律关系、同一法律事实提出的同一诉讼请求”。而原告先后提起的两案“涉及同一法律关系和同一法律事实，原告的诉讼请求也均是要求停止实质内容相同的宣传行为”，所以是重复起诉。

按照该案的逻辑，不但案1、案3没有重复起诉问题（因为诉讼请求不同），而且案2也没有此问题（因为前、后诉是基于不同的法律关系）。所以，“三同说”并非新路径，它

(15) “建德市时韵家纺有限公司诉被告绍兴市慧珠纺织品有限公司买卖合同纠纷案”，绍兴市越城区人民法院民事裁定书（2009）绍越商初字第2271号。案例来源：<http://www.lawyer.net>（北大法意）。

(16) 最高人民法院民事裁定书（2005）民一终字第86号。北大法宝CLI.C.67402。

(17) 诉的声明是原告主张的应受判决的事项，通俗而言就是诉的目标。现行法下的诉讼请求是多义的，民事诉讼法第119条中的诉讼请求就是诉的声明，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第30条中的诉讼请求则未必。

(18) 最高人民法院民事裁定书（2007）民三终字第4号。北大法宝CLI.C.308816。

实际等同于传统路径。

(三) 既有路径之归类

传统路径将诉讼标的界定为法律关系或实体权利(请求权),这与旧说的界定一致。因此,可以认为它就是旧说的说。但需赘述的是,国内对旧说的理解往往不区分诉的类型。旧说的说将诉讼标的界定为实体法律关系,多是就确认之诉而言的。因为确认之诉并不主张实体请求权,而多是请求确认某种法律关系存否,例如请求确认所有权或确认合同无效。而确认之诉在民事案件中只占很小的份额,多数民事案件是给付之诉,原告主张的多是实体请求权。厘清这一点对于案3有实际意义,如果笼统地将诉讼标的界定为法律关系,就有可能认为前、后诉的标的是同一个合同关系,而非原告所主张的不同请求权(或与之对应的法律关系)。至于形成之诉,其诉讼标的则是形成(诉)权,而非所要变更或解除的法律关系。例如,离婚之诉的诉讼标的是解除婚姻的权利,而非婚姻关系。在离婚之诉中,婚姻关系是否成立、有效,一般不是诉讼的对象。

至于纠纷说,它在归类上容易引起错觉。由于案4的原告先后主张了不同的法律理由和不同的实体请求权,而且法院否定了这种起诉方式,因此,纠纷说很容易被归为新说。另外,纠纷说也有意避免以实体法的眼光界定诉讼标的,这与新说也是契合的。但问题是,新说向来只是将给付之诉的诉讼标的界定为原告所主张的诉讼上的请求权(应受给付的法地位或受给权),⁽¹⁹⁾将形成之诉的诉讼标的界定为要求解除某种法律关系的形成地位,而从未将诉讼标的界定为“纠纷”。所以,很难说纠纷说就是新说。更重要的是,既然将某一纠纷作为诉讼标的,就意味着通常情况下当事人不能再就同一纠纷提起诉讼,即当事人应当将同一纠纷下所有可主张的请求(无论竞合与否)一次性提出。因此,纠纷说与新说有较大差别。

但是,最高人民法院在案6中的观点则是近似于新说之一分枝说的,因为它主张(仅就诉讼对象而言)应从前、后案的诉的声明是否相同考察是否重复起诉。

三、第三条道路

从德、日等大陆法系国家学者的著述来看,诉讼标的似乎只是大陆法系关心的问题,他们从未提及普通法系的做法。由于新实体法说影响力很小(实务上几乎没有响应者),⁽²⁰⁾对新、旧说进行折中的诉讼标的相对论也只是在我国台湾较有市场,所以,大陆法系关于诉讼标的的主要学说实际只是新说和旧说而已。然而,如果考察美国法,就会发现在此之

(19) 在新说下,给付之诉的诉讼标的“不是根据实体法上请求权之单复异同予以判断,而系根据……有几个请求给付之法律上地位作为标准予以判断。所谓请求给付之地位亦称为受给权。”邱联恭《口述民事诉讼法》(二),2006年台湾自版,第123页。对此一术语的使用,另可参见前引〔4〕,新堂幸司书,第220页。

(20) 新实体法说认为,“即便是在实体法上的数个观念性请求权发生竞合之情形中,作为实在的请求权只有一个,而这一个请求权就构成了诉讼标的。”前引〔4〕,高桥宏志书,第35页。但各国民法典“一如既往地各个请求权分别规定了诉讼时效和证明责任,因而加大了用统一的实体请求权解决请求权竞合的想法的难度”。所以,新实体法说至少在当下没有现实的可能性。参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、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673页。“实体法对时效期间作出的不同规定就表明:反对将请求权概念归纳为统一的(实体的)请求权概念。”〔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87页。

外还存在重要的第三条路径，而且我国最高人民法院的纠纷说与之很相似。

(一) 事件说

在普通法系确实很难找到与诉讼标的完全对应的专门术语。但考虑到美国的民事诉讼程序不可能没有确定诉讼对象或审理对象的实际需要，因而可以断定美国人也会考虑诉讼标的这一问题。实际上，美国法上是有近似概念的。从历史上看，这个概念是诉因 (cause of action)，从美国多数司法区的现代规则看，则是 (诉讼上的) 请求 (claim)。而在大陆法系，诉讼标的往往也被称为诉讼上的请求。⁽²¹⁾ “巧合”的是，美国学者称“既判事项适用于诉讼的基本单位是诉因或请求”，⁽²²⁾ 而大陆法系学者也常将诉讼标的视为最小的诉讼单位。⁽²³⁾

关于请求，美国多数司法区有所谓的合并规则 (rule of merger)：如果一个生效的对人终局判决对原告有利，则此后原告不能基于原请求 (original claim) 或它的一部分提起诉讼，尽管他可以该判决为基础提起诉讼 (基于确认判决的给付之诉)。这一规则实际上就是对分割 (split) 请求或分割诉因之禁止。此外，如果被告获得胜诉的对人终局判决，则原告同样不能基于同一请求再诉，⁽²⁴⁾ 即应遵循所谓的遮断规则 (rule of bar)。

由此可见，美国法在诉讼对象的选择上对原告提出了明确要求，即通常应当将请求作为最小的诉讼单位，不能将其分割进行诉讼，若没有将“请求”下可提出的所有声明 (要求) 悉数提出，以后便没有提出的机会。即“要么现在就说，要么永远闭嘴”。⁽²⁵⁾

除了少数州外，美国多数司法区 (包括联邦法院) 从事实关系 (factual terms) 的角度界定请求，使之与“事件” (transactions/occurrence) 关联，⁽²⁶⁾ 而不考虑实体法理由的数量，或者根据这些理由所能获得的救济形式。“不是不同的法律原理，而是不同的事件或交易，构成了不同的诉讼单位的基础。”⁽²⁷⁾ “按照联邦规则及其他司法区近似的规则，诉讼单位是请求，而请求又是事件或交易。”⁽²⁸⁾ “请求的主题 (subject matter) 是事件或交易。”⁽²⁹⁾ 这“代表了按照实际的事件来明确请求或诉因这一现代趋势”。⁽³⁰⁾ “事件”是确定诉讼单位 (litigative unit) 或对象 (entity) 的基准，不可分割。⁽³¹⁾ 基于事实对请求或诉因的界定，会促进“方便、经济和有效的司法行为，在实施实体法规范时面对尽可能少的程序方面的障碍”。⁽³²⁾ 换言之，美国的诉讼上请求是一种以“事件”为视角的请求，包括基于引发诉讼的事件或一系列关联事件 (series of connected transactions) 的全部权利或救济。

(21) 参见前引 [4]，新堂幸司书，第 217 页。

(22) 参见 [美] 杰克·H. 弗兰德泰尔等《民事诉讼法》，夏登峻等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 622 页。

(23) 诉讼标的是“在本案判决主文中作出判断的最小基本单位”。前引 [4]，新堂幸司书，第 216 页。

(24) Restatement (Second) of Judgments 19 (1982)。

(25) [美] 斯蒂文·N. 苏本等《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》，傅郁林译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 762 页。

(26) 也有人将 transaction 翻译为“交易”。但译为“事件”涵盖范围可能更广，既包括合同纠纷，也涵盖侵权等纠纷。此词除“交易”外，本也有“事务”等含义。

(27) Atwater v. N. Am. Coal Corp., 111 F.2d 125, 126 (2d Cir. 1940)。

(28) Douglas D. Mcfarland, *Seeing the Forest for the Trees: The Transaction or Occurrence and the Claim Interlock Civil Procedure*, 12 Fla. Coastal L. Rev. 247, 303 (2011)。

(29) Clark v. Taylor, 163 F.2d 940, 942 (2d Cir. 1947)。

(30) 前引 [22]，弗兰德泰尔等书，第 630 页。

(31) See Restatement (Second) of Judgments 24, Comment a (1982)。

(32) See Douglas D. Mcfarland, *In Search of the Transaction or Occurrence: Counterclaims*, 40 Creighton L. Rev. 699, 707 (2007); Charles E. Clark, *The Code Cause of Action*, 33 Yale L. J. 817, 820 (1924)。

而所谓“事件”则是从生活事实的角度予以界定，而不是从实体法角度界定的。

至此，可以说美国法关于诉讼标的主要采用的是“事件说”，即原告通常应以引发诉讼的整个事件为诉讼标的，应当提出基于该事件可主张的所有请求（声明）或救济。事件说不同于新说和旧说，因为新说和旧说从来都不要原告将同一事件下的所有可能的请求都提出，在新说下诉的声明不同则标的不同，在旧说下实体权利不同则标的不同。

但早期美国法却有与大陆法系相似的一面。在美国的民事程序仍然具有诉讼形式（forms of action）的痕迹且区分普通法、衡平法的年代，许多美国法院习惯于将诉讼请求与某一救济理由联系，导致原告就同一事件有与实体法理由的数目一样多的请求。因此，原告在其基于某一理由的诉讼败诉后，还可基于不同的实体法理由再诉，即使两个诉讼是基于被告的同一行为或构成一个生活事态（life-situation）的数个关联行为。^[33]

需要注意的是，事件说有重要的配套制度——强制反诉。根据美国联邦民事诉讼规则第13条之（a），如果被告有与本诉请求源于同一交易或事件的反诉请求，则必须在本案中提出，否则便再无诉讼的机会。这不仅是基于公平方面的考虑（既然要求原告穷尽主张，对被告也应作同样的要求），而且是因为，如果只要求原告就同一事件穷尽主张，而允许被告就基于同一事件的请求另诉，就不能实现一次性解决纠纷的目的。在采新说或旧说的大陆法系国家，都无强制反诉制度。

（二）纠纷说、纷争型标的与事件说的距离

由于纠纷说也抛开了实体法的视角，并且将诉讼标的界定为“纠纷”，这也意味着当事人应当一次性提出同一纠纷下的所有请求，所以，纠纷说与事件说很相似。但考虑到事件说尚有其他配套制度，还很难将它们等同。

我国台湾似乎也存在与事件说相似的路径。我国台湾民法第428条、第436条之23允许简易程序和小额诉讼程序之原告“于起诉时得仅表明请求之原因事实”，而不必如通常诉讼程序（普通程序）那样须表明“诉讼标的及原因事实”。为此，倡导诉讼标的相对论的台湾学者认为其现行法已允许以“纷争事实”作为特定诉讼标的之基准，并称这样界定的诉讼标的为纷争单位型诉讼标的，以区别于旧标的说之权利单位型诉讼标的。^[34]但以“纷争事实”作为特定诉讼标的之基准与事件说并不一致，因为这种路径下之纷争事实为原因事实。我国台湾学界和实务一般认为原因事实是“补足诉之声明（请求之旨趣），特定审判对象所必要的事实”。^[35]由此，倘若原告请求责令被告支付借款本金，只陈述了借款事实，未提及有利息约定的事实，则其所陈述的事实仍足以特定其诉讼请求，即该请求的原因事实并不能覆盖利息事实。所以，倘若原告在该案结束后另行起诉要求支付利息，则该诉的诉讼标的与前诉的标的不同，不能被前判决的既判力覆盖。但显然，在事件说之下，这种就本金和利息分别起诉的做法通常是不可接受的。事件说对于事件或事实的界定是宽泛的，从经验或生活事实的眼光看，利息约定属于整个借款事实的一个部分，而非独立的事实。

[33] See Restatement (Second) of Judgments 24, Comment a (1982).

[34] 参见许仕宦《民事诉讼法修正后之诉讼标的理论》，《台湾大学法学论丛》2005年第1期。

[35] 李木贵《民事诉讼法》，台湾元照出版有限公司2010年版，第4-90页。

四、重识诸说

既往的标的论尽管对新、旧说作了较多的比较分析，但仍有一些重要问题被遗漏了，这妨碍了对它们的准确把握。事件说也有助于我们发现既往标的论的缺陷。因此，在选择本土的标的的路径之前，重新评价诸说很有必要。

（一）新、旧说之差异被低估

在与新说多年的论争中，旧说的主要缺陷已广为人知，即它可能引发就竞合的实体请求权的多次诉讼和审理，迫使被告多次应诉。关于新说与旧说之间的分歧，一种常见的说法是，“关于诉讼标的的论争，主要是在发生所谓的请求权竞合问题之领域而展开的”。⁽³⁶⁾与此类似，许多著述对旧说之介绍，常常在请求权竞合之语境下展开。例如以下这种表述：“实体法上竞合之请求权在同一诉讼程序主张时，其诉讼标的即系复数，有两个以上。数目之计算均根据实体法上权利之个数予以判断”。⁽³⁷⁾这些表述给人的感觉是，如果案件并不涉及请求权竞合，这两种学说之间并无根本差别。

然而，如果我们将这些表述用于考察案2，就会发现问题。在该案中，原告先后提起借款之诉和不当得利之诉时所主张的两种请求权之间并无竞合关系。照其表述，无论采新说还是旧说，在结论上似乎应该没有差异，都应当予以驳回。

但是旧说向来将诉讼标的界定为原告主张的实体权利（请求权）或法律关系，⁽³⁸⁾照此界定（姑称之为“一般表述”），只要原告在前后案件中主张的权利或法律关系不同，诉讼标的即为不同，法院就不能以后诉不合法为由予以驳回。换言之，任何一个案件的当事人在败诉后，都可以再次起诉，他只需要换一个法律理由，主张不同的实体权利或法律关系即可。尽管这样做最终多会败诉，但是法院却不能因此而驳回起诉，而是必须进行实体审理。原告可以如此这般地进行多次诉讼，被告将不得不再应诉，法院不得不再进行实体审理。由此可见，旧说与新说的差异绝非仅在对待请求权竞合的态度上，旧说引发多次诉讼之缺陷被低估了。案2虽不涉及请求权竞合，但它却是符合旧说而不合于新说的。

我国台湾在这方面也曾出现过一个案例。某案（案8）的原告认为被告将其所借用的房屋转租给他人，在通知被告终止契约后，原告起诉请求责令被告交还该房屋。被告主张他与原告之间是租赁关系而非借用关系。法院审理后认为被告向他人转租的事实存在，但原、被告之间是租赁关系。对于该案应判原告胜诉还是败诉，台湾地区司法院第一厅研究后认为应驳回原告的诉讼请求，理由是，如认为当事人之间是租赁关系，便可判定诉无理由，而不必审理是否有转租之事实。⁽³⁹⁾这显然是根据旧说之一般表述所得出的结论。

有学者认为案2、案8中法院的做法不符合旧说，认为将原告之法观点与诉讼标的之权

(36) 前引〔4〕，高桥宏志书，第23页。与此相似，国内有人认为“迄今为止，所有围绕诉讼标的的概念所展开的争论，都寄希望于借助以诉讼标的为基础的既判力理论、诉讼系属理论，于责任竞合之情形下达成诉讼安定、诉讼经济的目标。”徐晓峰《责任竞合与诉讼标的的理论》，《法律科学》2004年第1期。

(37) 前引〔19〕，邱联恭书，第171页。

(38) 参见前引〔4〕，陈荣宗书，第291页。

(39) (69)厅民一字第0046号函复台高院（1980年8月5日）。参见前引〔35〕，李木贵书，第4-94页。

利主张划上等号不合理，⁽⁴⁰⁾“若主张之法律关系不同，即为不同诉讼标的，非同一事件，将可能造成无谓的诉讼”。⁽⁴¹⁾然而，这种对旧说之“澄清”是勉强的。如果旧说一方面将诉讼标的界定为原告主张的实体权利或法律关系，⁽⁴²⁾一方面又认为只有在涉及请求权竞合的情况下，不同的请求权才构成不同的诉讼标的（姑称之为“限定性表述”），那么它就是缺乏一贯性的。按照此限定性表述，在非请求权竞合的情况下原告所主张的法律理由仅是攻击方法。果真如此，旧说就不是真正的实体法说，至少不是彻底的实体法说。而且需要追问的是，按照这种被澄清了的旧说，在非竞合的情况下，该如何界定诉讼标的？

旧说被低估了的缺陷是其固有的，而非因为我们对它的不当理解所造成的。旧说的主张者并非没有考虑到多次诉讼，但只是考虑到了因请求权竞合所可能引发的多次诉讼，却没有考虑到实践中有些多次诉讼是因原告对案件所涉实体法律关系或请求权把握不准确而引发的，甚至极个别原告还会通过变更实体请求权恶意缠诉（原告在其所主张的实体请求权A被法院否定后，又以另一实体请求权B起诉，尽管他明知B权利不存在）。某一案件是否涉及请求权竞合，涉及哪些请求权之间的竞合，原告往往不能很明确地予以识别。而旧说实际是在这些问题无疑义的情况下界定诉讼标的的，缺少对于具体诉讼中相关实体问题不确定性的考量。

（二）新、旧说之共有缺陷

大陆法系的标的之争主要是在新、旧说之间展开的，除了诉讼标的相对论的持有者外，很少有人对它们同时展开批判。即使是相对论者，也未认识到新、旧说的共同缺陷。实际上，新说与旧说有一个共同缺陷：不能阻止就同一事件下的非竞合性请求（声明）分别或先后进行诉讼。

大陆法系学界向来认为纠纷的一次性解决是新说的优点，但是这种看法并不确切。新说的这一优点实际仅是针对原告就同一诉讼请求以不同的（竞合或非竞合的）实体请求权再次起诉的情形而言的，在其他情形下，它和旧说一样都可能会引发或都不能阻止两次或多次诉讼。例如，原告以未经其同意擅自改装房屋为由通知被告终止租约，并起诉请求返还房屋，不久又另行起诉要求被告支付恢复房屋原状所需的费用。对这样一个纠纷（在此例中即为因租赁而引发的纠纷）中涉及数个经济目的不同的实体请求权的情形，有学者认为我国台湾（传统上采旧说）于立法政策上并不要求原告一次提出所有请求。⁽⁴³⁾但实际上，即便采新说也不能要求原告这样做。再如（案9），原告诉称被告（D）将土地之一部分卖给T，T又卖给了原告，但D拒绝办理移转登记，经催促后，D竟然虚伪移转登记给E1、E2、E3。原告基于共同侵权及通谋虚伪意思表示起诉D及E1、E2、E3，请求涂销所有权登记，如果买卖契约已属给付不能，则请求责令赔偿损失。后来原告又另案起诉D，请求办理所有权移转登记。原审法院认为原告不得再行起诉，但三审法院认为前、后案的诉

(40) 如果某一法观点（例如继承）系作为原告所主张的实体权利（例如所有权）之理由，自然不能将该法观点与诉讼标的的等同，它是支撑诉讼标的的理由。但原告在将某一实体权利设定为诉讼标的时就是在主张某一法观点，这是毋庸置疑的。

(41) 前引〔35〕，李木贵书，第4-92页。

(42) 我国台湾1962年台上字第665号民事判决契合于此限定性表述。

(43) 参见黄国昌《民事诉讼理论之新开展》，台湾元照出版有限公司2005年版，第393页。

讼标的不同，可以再次起诉。⁽⁴⁴⁾ 显然，要求被告涂销登记与要求被告办理移转登记是两个不同的权利主张（但无请求权竞合之问题），诉的声明也不同。旧说和新说都不能阻止再诉。前述之案 1、案 3 也都是如此。

对于新说的缺点，美国学者在批评加州法院的做法（近似新说）时也有所揭示，⁽⁴⁵⁾ 认为它“允许当事人就一个纠纷的不同方面在两个程序中诉讼，即使他们本来应该能在一个诉讼中提出全部争端。这一规则是不经济的”。⁽⁴⁶⁾ 自然，此批评对旧说同样适用。

（三）诉讼标的相对论的问题

一些学者在不同的学说之间进行折中，提出了诉讼标的相对论。例如，我国台湾部分学者（试图折中新说和旧说）从尊重当事人的处分权出发，认为“在保护基本人权之宪法体制下，审判对象为何，应期待原告行使程序处分权予以决定，如此始合乎处分权主义采用之旨趣、机能”。⁽⁴⁷⁾ 即主张允许原告在权利单位型诉讼标的和纷争单位型诉讼标的之间进行选择。

这种诉讼标的相对论是有问题的。其一，诉讼标的路径之选择不只关乎原告的利益，也不只是关乎双方当事人的利益，而且关系到司法资源的合理利用。所以完全听凭当事人行使处分权确定诉讼标的之路径并不合理，处分权并非是没有边界的。倘若一国根据其国情已合理地决定采用新说，就不能再由原告自行选择旧说。其二，它误将新说混同于事件说，认为新说“一律以纷争事实特定诉讼标的”。⁽⁴⁸⁾ 而实际上新说之二分肢说只是主张由诉的声明和纷争事实共同确定诉讼标的，从未如事件说那样要求当事人将纷争事实下所有可主张的请求一并提出。至于一分肢说则明确否认纷争事实是决定诉讼标的的因素，只承认在必要时需借助它辅助性地确定诉讼标的。其三，相对论者对新说的批评不恰当。他们认为“原告在其就某实体权利之证明尚未能充分收集事证时，将有无端遭受败诉判决，而形同被逼放弃该权利或就该权利放弃提诉之危险”。⁽⁴⁹⁾ 但是，考虑到不应迫使被告多次应诉，考虑到司法资源有限，立法者或司法者可以要求原告在起诉时尽可能做好证据方面的准备工作。“当一个当事人提起诉讼，法院有权认为他已经做好事实和法律两方面的准备工作。”⁽⁵⁰⁾ 至少，立法者要求原告就指向同一目标的数个竞合的请求权一次性做好准备工作，通常并不过分。更何况，法院有时还会要求被告提供相关证据，甚至会依职权收集证据。

（四）事件说的缺陷并非其独有

事件说并非没有问题，其问题在于如何界定“事件”，而这是一个很难严格定义的概

(44) 我国台湾 1991 年台上字第 337 号民事判决。

(45) 加州对诉因的界定遵循“基本权利理论”（primary right theory）。该理论认为诸如人身免受伤害的权利、财产免受损害的权利是不同的基本权利。“如果原告声称被告的一个错误行为损害了两个不同的基本权利，则他是在主张两个诉因。”Skrbina v. Fleming Companies, 45 Cal. App. 4th 1353, 1364 (1996)。如果一份起诉状主张多个责任理论，它们“仅仅是主张同一诉因的不同方法”。Crowley v. Katleman, 8 Cal. 4th 666, 683 (1994)。即该州法院并不认为在法条竞合或请求权竞合时有多个诉因。

(46) Walter M. Meiser, *California's Unpredictable Res Judicata (Claim Preclusion) Doctrine*, 35 San Diego L. Rev. 559, 562 (1998)。

(47) 前引〔34〕，许仕宦文。

(48) 邱联恭等《集中审理与阐明权之行使——以研讨民事訴訟新修订条文如何运用为中心》，台湾《法学丛刊》2002 年第 1 期。

(49) 邱联恭《争点整理方法论》，台湾三民书局 2001 年版，第 313 页。

(50) Car Carriers, Inc. v. Ford Motor Co., 789 F. 2d 589, 596 (1986)。

念。一种常见的界定是“事件”是指“产生法律效果的事实的自然群体或者共同的内核”。⁽⁵¹⁾这种界定显然不太容易把握，较具不确定性。

但这种问题并非仅事件说才有，大陆法系的诉讼标的理论也面临同样的问题。在旧标的说下，虽然原告所主张的权利或法律关系即为诉讼标的，但具体个案的诉讼标的不可能只是某一抽象的权利或法律关系，而必定是立足于具体事实的。原告必须具体陈述其所主张的实体权利的基础事实，诉讼标的才能得以特定。例如，即便原告在前后两次诉讼中都主张返还借款请求权（甚至金额也相同），其诉讼标的仍可能不同，因为它们可能是基于两笔不同的借款而产生的。但对基础事实的界定未必总是很容易。如果原告只是对此前主张的事实作了部分调整或补充，基础事实是否发生了变化？对此，我国台湾有判例认为，如果前后诉的“主要争点有其共同性，各请求利益之主张在社会生活上可认为同一或关联，而就原请求之诉讼及证据资料，于审理继续进行在相当程度范围内具有同一性或一体性”，则可认为基础事实同一。⁽⁵²⁾但所谓“社会生活上可认为同一或关联”之表述也有相当大的不确定性。

对于二分肢说而言，基础事实是确定诉讼标的的一个重要因素，因此，按此说识别诉讼标的也需要考虑类似的问题。如果对请求权是“基于一个还是可以基于两个不同的生活事件有疑问，诉讼标的的二分肢说在界定重要的生活案件事实上就会发生困难”。⁽⁵³⁾例如，当事人之间因买卖关系而签发票据，但票据未获兑付，此为一个事实还是两个事实？如果合同订立与票据的签发、交付在时间上相隔很远，则又当如何？再如，原告主张自己是占有人，要求被告交还偷的牛，在败诉后又起诉要求交还同一物，并主张自己历来是牛的主人，前后案件的基础事实是否同一？⁽⁵⁴⁾

由于在案4中最高人民法院声称前、后诉“基于同一事实”，诉讼标的是同一纠纷，所以对于纠纷说而言，也同样有如何界定“事实”或“纠纷”的问题。最高人民法院大概也很难给出一个很明确的定义。

针对“事件”的界定，美国《第二次判决法重述》认为，何种事实群（factual grouping）构成一个“事件”或一个“系列事件”，“需要从实用主义的角度加以判断，应当着重考虑：事实是否在时间、空间、起源、动机上相关，它们是否构成了一个方便的审理单位，将它们作为一个单位处理是否符合当事人的预期或商业认知、惯例”。⁽⁵⁵⁾另外，可以想见，由于“事件”之界定具有不确定性，绝大多数律师在起诉时会尽可能就关联的事实提出所有的请求，以防止失权。所以，“事件”界定的问题不会经常出现。

（五）标的之争何时没有意义

域外有个别学者认为标的之争并无实际意义或意义不大。例如有德国学者称“判例相当少地理会理论之争并且甚至认为这是徒劳的”。⁽⁵⁶⁾然而，即使这种表述是正确的，也并

(51) Restatement Second of Judgments 24, Comment b (1982).

(52) 我国台湾2001年台抗字第2号民事裁定。

(53) “即使一分肢说也不能放弃将案件事实（请求权理由）用来界定诉讼标的。”前引〔20〕，罗森贝格等书，第672页。

(54) 参见前引〔2〕，尧厄尼希书，第199页。

(55) Restatement (Second) of Judgments 24 (2) (1982).

(56) 前引〔20〕，穆泽拉克书，第92页。

不表明标的之争在本土是无意义的。对于该学者之表述，我们应当注意其语境。实际上其完整表述是“在实践经验中，各个理论和观点之间的区别并不明显，就如给人的第一眼表象一样。主要是在诉之申请可以有不同的事实情况——他们各自作为相互竞合的请求权规范的事实构成——作为理由基础的案件中，各个理论的结果会有所不同。与之相反，在绝大多数案件中，各理论的结局是相同的。如在要求忍受在其地产上强制执行的诉和要求纠正地籍簿的反诉这一示例中，依照所有的观点，在此例中诉与反诉都建立在不同的诉讼标的基础上，因为不仅申请而且作为理由的生活事实情况相互之间都不同。因此也就不惊奇，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。”⁽⁵⁷⁾显然，他是从“申请”、“事实”是否相同的角度讨论诉讼标的的，而这样讨论的只能是新说和德国（而非我国台湾）的诉讼标的相对论（它主张采一分肢说还是二分肢说应视情况而定，实际是新说的变体，本文仍将其归入新说），⁽⁵⁸⁾无论是旧实体法说还是新实体法说，都是从实体请求权的角度讨论诉讼标的的。由此可以看出，该论者实际是从一分肢说、二分肢说的角度作论的，他只是说德国实务者认为一分肢说和二分肢说之区分通常并不重要，并没有说新说和旧说的差别不重要，更没有说新说与事件说的差别不重要。而且事实上，德国实务（包括联邦最高法院）和学界的主流观点都是二分肢说，⁽⁵⁹⁾即是在两种新说之间作出明确选择的。如果德国实务者确实没有感到两种新说差异之重要，可能的原因有二：其一，能够直接展现两种新说分歧的案件不多，原告根据不同的案件事实提出同一诉讼请求的情况相对少见。⁽⁶⁰⁾其二，当事人“实际上在大部分诉讼中都完整地陈述了事实情况，特别是因为法院应当致力于完整陈述”。⁽⁶¹⁾例如当事人在主张票据事实的同时一般没有必要避而不谈原因事实，法官的释明通常也会促使两种事实都被完整提出，这就在相当程度上消解了新说内部的差异。

同样，即便日本实务界果真存在“只要对旧说予以再调整就足以应付实务需要”之观念，⁽⁶²⁾我们也不应就此认为标的理论之争在我国没有实际意义。我们应当注意日本的背景情况：日本并不认为在同一案件中原告同时主张侵权法和合同法上的理由这类起诉方式不可接受。⁽⁶³⁾如果多数原告为了一次性解决纠纷，或为了加大胜诉的几率或减少败诉的风险，在起诉时一并提出所有可能的实体请求权，则通常原告没有必要在败诉后再次起诉。如此一来，新、旧说的差异就在相当程度上被化解了。倘若法官在原告只主张了一种请求权时，告知其还可主张其他请求权，⁽⁶⁴⁾则原告败诉后再次就其他请求权再诉的情况更是不太可能发生。

(57) 前引〔20〕，穆泽拉克书，第92页。

(58) 德国的相对论主张在诉的变更、合并上采一分肢说，在既判力问题上采二分肢说；或者在采取权探知原则的诉讼中采一分肢说，在采辩论主义的诉讼中采二分肢说（确认之诉例外）。参见前引〔20〕，穆泽拉克书，第91页。

(59) 参见前引〔20〕，罗森贝格等书，第671页。

(60) 参见〔德〕狄特·克罗林庚《德国民事诉讼法律与实务》，刘汉富译，法律出版社2000年版，第148页。

(61) 参见前引〔2〕，尧厄尼希书，第200页。

(62) 前引〔4〕，高桥宏志书，第53页。

(63) 在旧说下，若原告同时就数个竞合的请求权起诉，这种起诉方式一般被称为竞合合并或重叠合并（诉的声明同一）。但晚近也有人主张可按选择合并（诉的声明不同）、预备合并（声明不同且有顺位）的方式起诉。对诉的合并的分类，有四分法和三分法之说，差别在于是否将竞合合并、选择合并统称为“选择合并”。我国台湾与日本在名称上不一致，比较之下会给人张冠李戴之感。

(64) 日本最高裁判所认可这种释明。参见前引〔4〕，新堂幸司书，第223页。我国台湾民法第199条之1也是这样规定的。

另外,在解读域外标的之争的实际状况时还应注意它们对于诉的变更的宽松态度。在德国,若被告同意或者法院认为有助于诉讼,则可进行诉的变更,二审也是如此。而且,在实践中法院的许可更为重要。另外,德国民诉法第264条规定在不变更诉的理由的前提下,补充或更正事实上或法律上的陈述,扩张或限制申请,因情势变更而替换请求,都不视为诉的变更,无需被告或法院的同意。特别值得注意的是,该条的“前提”在实践中作用不大,因为德国法院“对作为诉之理由的生活事实关系进行了相当宽泛的解释”。⁽⁶⁵⁾日本民诉法第143条第1款则规定,若不变更请求的基础,原告可在口头辩论终结前变更请求或请求的原因,除非会使程序过分拖延。此规定在二审也可适用(第297条)。美国的情况大致相似。按照美国联邦民事诉讼规则第15条,如果在审判中超过诉辩状的范围采纳了证据,法院将允许修改诉辩状或视其已被修改。基于公正的需要,对修改诉辩状的请求的批准不受限制。⁽⁶⁶⁾德、日等国宽松对待诉的变更、追加也是消解标的之争的一个重要因素。因为既然允许原告在诉之基础事实不变的前提下较自由地变更或追加请求权,甚至到二审时也允许,则已经尽力就各种可能对其有利的实体主张或请求权进行了诉讼的原告,通常也不会败诉后再诉。

至于标的之争在本土的实际意义,只要将案4与案2进行对比,就可清楚看出。在案4中,若最高人民法院采案2那种标的的路径(旧说),就应对原告提起的后诉进行实体审理,而不是驳回起诉,原告未见得没有胜诉的机会(或提出有说服力的意见或追加证据)。即便原告最终仍败诉,但那是实体性败诉,原告获得了再次就实体问题争讼的机会。而如果案2的受诉法院采案4之标的的路径,则原告不但不能胜诉,而且后诉根本不会得到实体审理(不予受理或驳回起诉)。在这方面还有一个案件(案10)也值得关注:原告以其所购买的“SK-Ⅱ”产品对其脸部造成损害为由提起侵权之诉,一审法院以证据不足为由,判其败诉。原告上诉时称本案是一起合同纠纷。对此,二审法院认为,虽然上诉人主张合同之诉,但由于其一审提起的是侵权之诉,所以法院仍应审查侵权之诉。⁽⁶⁷⁾显然,该院认为侵权之诉与合同之诉是不同的诉讼对象或审理对象,而从原告主张的事实来看,是可能涉及侵权与违约竞合的。若本案法院严格采旧说,则应允许原告事后再提起合同之诉。若采新说,则法院应主动审查是否有支持原告诉讼请求的其他法律理由(例如合同法上的理由)。此外,从案1中,我们也可以清楚看出事件说与新、旧标的说之间的差别。若受诉法院采事件说,则会认为前后诉的请求源自于同一事件,系重复起诉,从而会驳回起诉。但若采新说,则因为前后诉的声明不同,所以诉讼标的不同,并无重复起诉问题。若采旧说,也无重复起诉问题,因为原告在前后诉中主张的实体权利不同。

五、无奈的选择

由前述可见,事件说虽有缺陷,却是相对最优的标的的路径。至于新说,由于它能阻止

(65) 前引〔20〕,穆泽拉克书,第122页;前引〔2〕,尧厄尼希书,第224页以下。

(66) 参见〔美〕史蒂文·苏本、马格瑞特·伍《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,第102页。

(67) 参见姚晨奕、陈健、殷国富《“SK-Ⅱ”案尘埃落定 法院终审判决驳回上诉维持原判》,《人民法院报》2005年12月10日。

当事人基于不同的实体请求权或法律理由就同一诉讼请求多次提起诉讼，所以从一次性解决纠纷的角度看，新说是次优的选择。但由此就认为我们应采事件说或新说，尚显草率。实际上，如果考虑到采用事件说、新说、诉讼标的相对论所需具备的条件以及本土的实际情况，将会得出完全不同的结论。

(一) 不具备采新说和相对论的条件

在新说下，原告败诉后便不可基于其他实体请求权就同一诉讼请求再诉，即便其在前案中不知道有这些请求权。所以，它对原告的要求是较高的，尤其对于那些本人进行诉讼的当事人而言，因为他们不懂法或对法知之甚少，不太可能知道在哪些情况下会发生请求权竞合。即便在采此说的同时要求法官积极释明，也未见得总是能弥补当事人的疏漏。这种释明对法官的要求很高，法官必须真正精通法律。而事实上，我国多数案件是当事人本人诉讼，我国的法官遴选机制尚不能保证法官有很高的专业水准。

更重要的是，国内的法院仍然不能接受竞合合并或诉讼理由的聚合。如果原告为同一请求提出多个实体法上的理由（例如侵权、不当得利和无因管理），法院往往认为这是不可接受的。法院尤其不能接受原告为金钱赔偿请求同时主张合同法和侵权法上理由的起诉方式，通常会要求原告作单一的选择。而允许诉讼理由的聚合是采新说的必备条件，如果不允许原告就诉的声明（目标）提出多个法律理由（攻击方法），则意味着要求其在法律上作精准的单一选择，这种要求是过分的。尤其对于那些涉及请求权竞合的案件而言，不准许原告以竞合合并或诉讼理由聚合的方式起诉，又不准其在败诉后就另一竞合的请求权再诉，有违实质正义。从“你给我事实，我给你法律”的角度看，当事人起诉时甚至有权不主张法律理由。

所以，在目前的情况下，我国尚无法采用新说。而既然不具备采新说之条件，也就无法采诉讼标的相对论。因为此说实际上是允许原告自愿选择新说，但在不准许以诉讼理由聚合的方式起诉、法官素质又相对较低的情况下，让原告贸然选择宽泛的标的路径，对其权利的保护是很不利的。

(二) 不具备采事件说的条件

至于事件说，它所要求的条件比新说的更高。美国《第二次判决法重述》认为，只有在当事人有足够的程序工具充分挖掘全部事实、有提出全部争议的能力时，采用事件说才是正当的。具体而言，具备以下条件才可采用如此宽泛的诉讼标的的路径：其一，允许当事人在诉讼中提出所有与事件有关材料，而不将其限于某一种实体法理论。其二，允许当事人提出不一致的主张（以不违背其真实义务为前提）。其三，给予当事人在修改诉状方面相当大的自由，容忍其在诉讼过程中改变诉讼方向。其四，当事人可以借助强制性的开示程序确定与事件有关的事实。^[68]

我国目前不具备这些条件。其一，如前所述，竞合合并在国内仍然是不可容忍的。对于预备合并（数个请求不一致且有顺位，前述之案9即为适例），多数法官也会以诉讼请求不明确为由予以拒绝。其二，现行法对诉的变更的限制很严格。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）第34条将变更时间限制在举证期限届满前。其三，美国有强制性的开示程序，除非法院有相反的限制。美国联邦民事诉讼规则第

[68] See Restatement (Second) of Judgments 24, Comment a (1982).

26条(b)规定“当事人可以就任何非特权的与其请求或防御相关的信息获得开示……如果开示预计能合理地导致发现可采的证据,相关信息不必是在庭审时可采的。”而我国和大陆法系各国都不存在此种程序。我国的准备程序尤为简单、粗糙,即使是证据交换程序也只能使当事人知道对方将要在诉讼中提出哪些证据,根本无助于当事人彻底挖掘事实,更不用说该程序的实际使用状况很差。

实际上,采用事件说还有一个条件,即实行强制律师代理制。在当事人本人进行诉讼的案件中,当事人往往很难准确把握自己的权利,遗漏主张权利的可能性较大。当下我国并不具备实施强制律师代理制的条件,因为仍有很大比例的当事人不能负担律师费用,而对这些当事人都实施诉讼救助又是不现实的。更不用说在经济欠发达地区,律师的数量还很少。

(三) 最高人民法院新路径之不可采

由于最高人民法院的两条新路径分别近似于事件说和新说,因此也不能采用。从案4看,这一点非常明显。在案4之前,最高人民法院在个案中从未表现出采用新说或事件说的倾向,就整个法院系统而言,也不存在类似的倾向或氛围,相反还存在采旧说的传统。换言之,EOS公司在前案中或在前案之前未得到过相关的失权警告。所以,至少在诉讼标的问题上,案4的原告遭受了突袭裁判。

从其他角度看,案4的原告也未能获得充分的程序保障或攻防机会。其一,原告不能进行诉的合并。在前案中,由于国内法院的习惯或一审法院的要求,原告不能同时主张多个实体法理由,不能同时主张被告应返还工程款或返还不当得利,而只能在法律定性上作单一的选择。其二,原告无法在二审中变更诉讼请求。从其在案4撤回上诉的情况来看,他在一审败诉后可能认识到诉讼路径选择有误,想要主张被告侵权(从案4裁定书看,原告也是如此声称的),但又考虑到这种变更很可能得不到二审法院的准许,或者事实上这种变更请求已被二审法院拒绝,才不得不撤回上诉。其时原告很可能已有另行起诉的打算,但却未得到不可再诉之警告。

倘若在该案中,一开始就允许当事人主张多项法律理由及多种实体请求权,例如同时主张返还工程款请求权、侵权损害赔偿请求权、不当得利返还请求权,原告将能就这些请求权获得充分的陈述、举证、辩论的机会。即使他依然败诉,他可能也是愿意接受裁判结果的,这样也就不太可能出现后案。

(四) 目前的选择及努力方向

由于并不具备采事件说和新说、诉讼标的相对论的条件,而国内的两条新路径也不可采,所以我们目前只能回到旧标的说。

尽管这是当下无奈的选择,但我们仍应尽可能减少其负面效果。在采旧说的同时,应该做好以下配套工作。其一,法官应履行法观点指出义务。这一义务是指“当法院欲适用当事人未注意之法的观点时,法院应当向当事人开示这种法的观点,并让当事人在其与法院之间就法的观点或法律构成进行充分的讨论”。⁽⁶⁹⁾《民事证据规定》第35条所规定的释明义务在相当程度上契合于这一义务。类似地,法官还应当对同一事件下当事人漏未主张的权利进行释明。就案1而言,如果承包金支付请求权的基础事实在前案中已为当事人主

(69) 前引〔4〕,高桥宏志书,第367页。

张, 甚至已经得到证明, 则法官应当告知原告可主张这部分权利。就案 2 而言, 如果法官认为返还不当得利的请求有可能成立, 也应当告知原告变更或追加诉讼请求。其二, 快速驳回原告显无理由的再诉。由于旧说不能阻止原告在败诉后基于新的实体请求权再诉, 也就不排除有少数原告用这种方法缠诉的可能, 但法院对此也不必过于担心。如果原告再诉时主张的法律理由明显不成立, 法院可以不经事实调查, 快速驳回诉讼请求。⁽⁷⁰⁾

尽管日本实务之主流也采用旧说, 但我们当下选择的旧说与之有较大距离。日本法允许原告以选择合并(竞合合并)等方式起诉, 这样就大大降低了原告在选择诉讼路径上的风险。而且日本法对诉的变更很宽容, 这也使得选择诉讼路径有误的原告可以较为从容地进行诉的变更。由此, 尽管我们当下只能选择旧标的说, 但这并不意味着不应再有所作为。我们至少应在以下三个方面作出努力:

首先, 应当完善实施旧说的配套环境, 充分理解准许竞合合并的合理性和必要性, 充分意识到合同法第 122 条只是纯粹的实体规范, 而非程序规范。在诉讼的前期阶段, 原告只有程序身份, 是否是债权人并不明确, 侵权责任和违约责任是否成立也无法确定, 因此不具备适用该实体规范的条件。法院也就无法据此要求原告在侵权责任和违约责任之间作出选择, 更不能要求其在侵权之诉与违约之诉之间作出选择。至于预备合并则更应予以接受, 国内已经出现了这样的案例,⁽⁷¹⁾ 而且刊登在最高人民法院公报上。在理解并接受竞合合并、预备合并的基础上, 法院在释明时可以告知原告以合并的方式追加实体请求权, 以减少错误释明的风险。

其次, 宽松对待诉的变更。可以如德、日、美等国那样允许原告较自由地进行诉之变更、追加。在“SK - II”案中, 由于合同之诉与侵权之诉是基于同一案件事实, 而且二审法院至少可以部分利用一审的审理成果, 所以应可考虑准许诉之变更(在德国法下甚至可能不认为这是诉的变更而直接照准)。这样可使原告获得充分的攻击防御机会, 从而提升其对裁判结果的信服度。

再次, 应当向着采新说甚至事件说的方向努力。应当完善现行民诉规范, 使案件事实尽可能得到充分的挖掘, 使当事人就所有可主张的权利提出请求, 力求充分解决纠纷。还应致力于法官素质的提高, 以使其能够准确地对当事人进行释明。

(五) 旧说之例外

诉讼标的通常被认为是最小的诉讼单位, 这意味着不可以就诉讼标的分割起诉。但也不排除在某些情况下, 基于某些特别考量对这种分割诉讼网开一面。就旧说而言, 例外时应准许的分割诉讼有三种: 一是合理的部分请求。如果原告起诉时明确表明是部分请求(同一请求权的剩余部分留待以后再诉), 而且能够表明这样起诉的正当理由(例如被告无全部清偿能力), 则应考虑予以准许, 但应明确告知只有在胜诉后才可以进行第二次诉讼。二是潜在的后遗症。考虑到受害人在前次诉讼时难以发现后遗症, 或者即使有所预料, 也难以确定损害范围或赔偿数额, 因此应准许受害人再诉。域外普遍允许这种再诉, 只是在

(70) 在现行法下一审实体裁判必须在开庭审理后作出。尽管如此, 法院也可经过简短的庭审程序, 快速作出(法律)裁判。因为即便原告的事实主张是真实的, 其诉讼请求也不能成立。

(71) “中国投资银行天津分行诉天津市轻工业对外贸易公司票据质押纠纷案”, 《中华人民共和国最高人民法院公报》1997 年第 1 期。

理论构成上有争议。其三，法律规定的合理例外。

就个别例外情形采更严格的标准方为公平、合理。如果案件涉及重复或连续发生的违约行为或侵权行为，原告在起诉时应就已发生的全部损害提出请求，对于起诉后至言词辩论终结前新发生的违约行为、侵权行为，若法院准许增加诉讼请求，则也应一并进行诉讼，除非有前段所谓的分割诉讼之正当理由。至于其后发生的侵权行为或违约行为，则应准许当事人再行起诉。此外，还可能因有法律的特别规定而采更严格的标准。例如《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第6条规定，当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，法院不予受理。但由于该规定对旧说和新说而言都是一种例外，⁽⁷²⁾所以，为防止对当事人造成突袭，应事先对受害人进行释明。

结 语

如何界定诉讼标的是无法回避的重要问题，必须作出明确回答。国内实务在这方面呈现纷乱状态，许多地方法院坚守传统路径（旧说），最高人民法院却在EOS案和鲲鹏案中背离了传统，而且这两个案件所采的路径也不同。这种乱象必须终结。诉讼标的问题虽然颇费思量，却并非无解。域外的实际状况远没有我们想象的那么悲观。两大法系的主要代表国家都已作出明确选择。德国实务和学界的主流观点都采新说（之二分肢说），日本实务界的主流观点则是旧说，⁽⁷³⁾美国多数司法区则采事件说。

大陆法系的诉讼标的论忽略了事件说。事件说通常要求原告将同一（系列）事件下的所有可主张的请求（救济）都提出，否则将会失权。EOS案所采之纠纷说近似于事件说，但又未采事件说之配套措施。事件说提示我们，既有的标的论对诸说的评价存在疏漏和错误。旧说和新说的差异被低估了，其差异并非仅在对待请求权竞合的态度上。新说在追求纠纷的一次性解决上并不彻底，它和旧说一样不能阻止原告就同一事件下的其他非竞合的请求权再诉。诉讼标的相对论未考虑到标的的路径之选择也关乎被告的利益和司法资源的合理利用。事件说的缺陷并非其独有，它与其他诸说一样都面临如何明确界定事件或基础事实的问题。

当下本土的若干现实因素——法院尚未理解和接受竞合合并，也不太能接受预备合并，现行法对诉的变更较为严苛，准备程序不能使当事人充分挖掘案件事实，法官的素质相对较低，多数案件是当事人本人诉讼——决定了本土尚不具备采事件说、新说或诉讼标的相对论的条件。最高人民法院的两条新路径也不可采。所以，当下只能回到传统路径（旧说）。但我们不能满足于这种无奈的选择，应当通过释明等措施尽可能减少再诉，同时要朝着采

(72) 我国台湾的实务通常以一次侵权行为所发生之损害作为一个审判对象予以处理。参见前引〔19〕，邱联恭书，第160页。但这并非是向新说靠拢，毋宁说是向事件说靠拢。因为在新说下，倘若原告同时提起物质损害赔偿请求与精神损害赔偿请求，则涉及两个诉讼标的，而在事件说下仅有一个标的。日本实务也大致如此。我国大陆也有类似的问题。例如某原告在前后两个案件中主张被告同一作品的不同部分（第1、7、8页）侵犯了其不同作品的著作权，法院认为系重复起诉。参见“丁运长诉常照荣侵害著作权纠纷案”，河南省高级人民法院民事判决书（2010）豫法民三终字第46号。北大法宝CLI.C.836246。

(73) 参见前引〔4〕，高桥宏志书，第53页。

新说（甚至事件说）的方向努力。目前至少可以做的是理解并接纳竞合合并、预备合并，允许当事人在诉的基础事实不变的前提下较自由地进行诉的变更。另外，在采旧说的同时，应承认一些合理的例外。

对于诉讼标的这样的难题，我们不能因学说之纷繁而抱怨甚至止步。如果一个问题必须回答的，但每个选项都有缺陷，又不能找到更好的选项，我们就只能仔细比较既有的选项，并选择相对合理的方案。如果受条件所限，只能选择较差的方案，则必须在作此无奈选择之时设置配套措施，努力减少该方案的弊端。另外，在选择的过程中，对本土之背景因素也必须有清醒的认识，这样得出的结论才可能契合于本土之情境。

Abstract: It is very difficult to define the object of action ,but it is not a question without answer. All the representative countries in both common law system and continent law system have made their definite choice about it. Our judicial practice is chaotic in this aspect. Many courts hold on the traditional route ,but the Supreme Court deviate from the tradition in the EOS case and the Kunpeng case , and the opinion in those two cases are different from each other. This disorder should be ended.

Continent law system has not noticed the transaction theory in the American law. According to the transaction theory ,the plaintiff should present all the claims arising out of the same transaction. The transaction theory reminds us that ,the difference between the old theory and the new one are not confined to their attitudes to the concurrent substantive rights. The new theory is not thoroughly in solving the dispute once for all ,for it cannot prevent the claimant from re-litigating on the different claim from the non-concurrent rights. The relative theory omits the benefit of the defendant and the rational use of judicial resources. Although the transaction theory is not perfect ,its defect is common in all the theories.

Our courts reject the alternative joinder of claims ,and most of them also oppose the hypothetical joinder. Our Civil Procedural Law is strict with the amendment of complaint ,the pretrial procedure cannot help parties to dig out facts sufficiently ,the quality of judges is not high ,and most of parties cannot hire lawyers. All these reality factors determine that we have no condition to adopt the transaction theory ,the new theory or the relative one. It is the unique choice to adopt the old theory at present ,but we should make efforts to adopt the new theory and the transaction theory in the future.

Key Words: object of action ,the EOS case ,the transaction theory ,alternative joinder of claims
