



“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的 诉讼标的论争

〔日〕山本克己/著 史明洲/译*

目 次

- 一、 导言
- 二、 纠纷解决说与诉讼标的论
- 三、 请求权竞合与诉讼标的理论
- 四、 基于既判力的失权与诉讼标的
- 五、 诉讼主体之间的功能分担与诉讼标的理论
- 六、 实务上的诉讼标的理论
- 七、 诉讼标的论的现状

摘 要 本文是对“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学界诉讼标的论争的回顾。这次论争以“如何确立给付诉讼中审判单位”问题为核心，展示了日本民事诉讼法学不同于德国法的独特气质。首先，诉讼目的论的纠纷解决说对诉讼标的理论产生了巨大影响，学者们对“纠纷”概念的不同理解，构成了理论分歧的关键。其次，在保护被告的制度设计上，基于不同的诉讼观，出现了父爱主义与被告自我答责两种对立的立场。此外，文章还探讨了新诉讼标的理论没有被裁判实务接受的原因，并阐明了民事诉讼法学的成熟与诉讼标的理论研究式微之间的内在联系。

关键词 日本民事诉讼法学 诉讼标的 纠纷解决说 既判力的客观范围

* 山本克己 (Yamamoto Katsumi)，日本京都大学法学院教授，曾任日本民事诉讼法学会会长、京都大学副校长；史明洲，中国政法大学民商经济法学院讲师，日本一桥大学法学博士。

本文基于作者 2019 年 10 月 21 日在清华大学法学院的演讲稿修改而成，并系全球首发。

感谢日本同志社大学法学院金春教授在本文写作过程中提出的建议，感谢清华大学法学院王亚新教授、中国人民大学法学院肖建国教授、清华大学法学院陈杭平副教授以及清华大学法学院纠纷解决研究中心、北京市天同律师事务所对本研究提供的支持。



一、导言

“第二次世界大战”结束后，日本民事诉讼法学进入了新的时代。在此期间，以十年为一个跨度，出现了三次大规模的学术论争：昭和30年代（1955年至1964年）的诉讼标的论争、昭和40年代（1965年至1974年）的争点效论争以及昭和50年代（1975年至1984年）的证明责任论争。其中，诉讼标的论争作为三大论争的嚆矢，成为了“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的起点。大论争往往伴随着百花齐放的学术争鸣，诉讼标的论争中学者们的各种主张犬牙交错，单线条的总结很容易挂一漏万。尽管如此，因为文体的限制，笔者无法事无巨细地向读者展示论争的全貌，不得不以自己的理解对学说史进行了相当程度的简化处理，请各位读者见谅。此外，由于论争的主战场是给付之诉的诉讼标的，本文的重点也将限定于此。

二、纠纷解决说与诉讼标的论

“诉讼标的论争几乎就是判决效力的论争，特别是既判力客观范围的论争。”这句话是日本诉讼标的论争最贴切的总结。“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的早期理论曾经处于德国法的压倒性影响之下，新诉讼标的理论也是从德国输入的当下流行学说。但是，至少对于德国新诉讼标的理论的早期学说而言，争论的重点在于诉讼请求的客观变更问题，而非既判力的客观范围问题，既判力的客观范围可以小于诉讼标的的范围。⁽¹⁾事实上，除了既判力客观范围和诉讼请求的单复数问题之外，诉讼标的概念还承担了许多其他的功能。那么，日本的新诉讼标的理论为什么主要围绕既判力客观范围的问题展开呢？答案在于纠纷一次性解决的理念。“第二次世界大战”后的日本民事诉讼法学出现了本土化的萌芽，以纠纷解决作为民事诉讼目的的本土理论（民事诉讼目的论的纠纷解决说）获得了大量支持。在此背景下，几乎所有支持新诉讼标的理论的学者都将“纠纷的一次性解决”作为自身主张的一面旗帜。

不过，熟悉学说史的读者可能会反问“纠纷解决说的提出者兼子一教授不是旧诉讼标的理论的代表人物吗？”诉讼标的论争与纠纷解决说之间的联系，就蕴含于这个问题的答案之中。

纠纷解决说首次提出于兼子教授1957年出版的名著《实体法与诉讼法》。围绕民事诉讼法与实体私法的关系，兼子教授写到，“如果私人之间出现了生活关系的纠纷冲突，不仅当事人会感到不安与不便，事态严重时更可能引起社会秩序的混乱。因此，国家有必要行使其统治权力，以调整、解决纠纷。国家为此而设置了民事裁判制度，行使裁判权，并制定作为裁判基准的私法规则。”⁽²⁾很显然，这里的“纠纷”是指生活上的具体利益纷争。然而，在既判力论（权利实在说）的部分，兼子教授又提到，“为了以法律方式解决私人之间的生活关系纠纷，得通过判决确定，是否存在作为具体生活关系之准则的权利关系。生效判决判断中产生的既判力，意味着公法意义上权利关系的实在性。国家通过行使权力，命令双方当事人遵从判决的内容，最终强制性地解决纠纷。”⁽³⁾

(1) (日)中田淳一：《请求的同一性》，载(日)中田淳一：《诉讼与仲裁的法理》，日本有信堂1953年，第18页。

(2) (日)兼子一：《实体法与诉讼法》，日本有斐阁1957年，第43页。

(3) 同上注，第158页以下。

此时，所谓“纠纷”指向了经由法律这个滤网过滤过的生活纠纷，即抽象的权利纠纷（围绕实体法上权利的纷争）。法院就权利的存在与否作出的公权性判断，就是权利纷争的解决。也就是说，作为民事诉讼目的的纠纷解决是抽象意义上的权利纷争解决。因此，兼子教授站在旧诉讼标的理论的立场认为，与确认之诉一样，给付之诉是“原告作为纠纷解决的方案向法院提出判决应判断的对象，所以每个实体法上权利主张构成一个诉讼标的，实属必然。”^{〔4〕}

新诉讼标的理论的代表学者三月章教授，也立足于纠纷解决说。由于三月教授在诉讼标的理论问题上著作颇丰，小小短文难以穷尽，本文主要聚焦于集三月理论之大成的《民事诉讼法》教科书（1959年出版）。首先，三月理论驳斥了既有学说以确认之诉作为原型的诉讼标的观，将确认之诉与给付之诉视为两种不同的纠纷解决方式。这形成了三月理论的逻辑起点。具体来说，就确认之诉而言，由于“权利的抽象确定对纠纷解决的制度目的具有重要意义”^{〔5〕}，所以其诉讼标的应当以实体法上的权利作为单位。^{〔6〕}对此，三月说与兼子说未见差异。然而，关于给付之诉的纠纷解决功能，三月教授提出了不同的观点。就给付之诉而言，“请求权的抽象确定不是制度的固有目的。更重要的是，以给付之诉背后的强制执行制度为前提，请求权的存在只是强制执行的开始要件。”^{〔7〕}换言之，相比既判力，生效给付判决或者附假执行宣言（译者注：类似于我国的先予执行）给付判决的执行力更加重要。^{〔8〕}因此，当事人请求法院以执行力的形式赋予其强制实现特定给付内容的法律地位，是给付之诉的诉讼标的，而实体法上的请求权不过是“为法律地位提供实体法基础的法律观点”。^{〔9〕}所以，诉讼标的同一性的判断标准不是实体法上的请求权，而是给付所指向的经济利益。

不过，前述论断可以说明给付判决（法院支持原告诉讼请求的判决）的纠纷解决功能，却不能解释给付之诉时驳回诉讼请求判决的纠纷解决功能。在后者的问题上，三月理论认为，公权力的解决纠纷应以一次为限，并将一事不再理作为既判力的根据。^{〔10〕}也就是说，原告在前诉中被驳回诉讼请求（获得特定给付内容的法律地位被法院否定）后，又以同一给付内容为对象提起了给付之诉的后诉，即便后诉基于前诉未主张的请求权，也会因既判力而遭到禁止。^{〔11〕}所以，三月理论虽然也立足于纠纷解决说，但以给付之诉为限，所谓“纠纷”不是权利的纷争，而是实体法请求权所引起的经济利益的纷争。纷争的解决不是抽象的，要么通过强制执行制度现实地实现利益（原告胜诉时），要么因属于同一经济利益而被制度性禁止（原告败诉时）。

进一步，纠纷一次性解决理念的根据又是什么呢？诉讼法上的法律关系可以有两种观察视角：一是法院与当事人的垂直关系，二是对立当事人之间的水平关系。垂直关系上，基于处分权主义，当事人享有确定诉讼标的的权限。新诉讼标的理论在某种程度上是“暗度陈仓”，它通过扩大诉讼标的的最小单位的办法，使得当事人的处分权虚化，从而达到弱化当事人权限的目标。因此，新诉讼标的理论通常会将国家设置的纠纷解决制度，即民事诉讼制度的效率性作为论据。

〔4〕 同上注，第74页。

〔5〕 〔日〕三月章《民事诉讼法》，日本弘文堂1959年，第42页。

〔6〕 同上注，第110页。

〔7〕 同上注，第40页。

〔8〕 同上注，第41页。

〔9〕 同上注，第101页。

〔10〕 同上注，第26页。

〔11〕 同上注，第99页。



水平关系上，原告原本拥有排他的诉讼标的确定权，但新诉讼标的理论也在尝试以减轻后诉中被告的应诉负担为由，弱化原告的权限。新诉讼标的理论的代表学者中，三月章教授只着眼于垂直关系，而新堂幸司教授则同时重视垂直关系与水平关系上的被告保护。⁽¹²⁾

在德国，新诉讼标的理论的二分支说是主流观点。即，给付之诉诉讼标的同一性判断包含两方面的因素，除了起诉状中请求趣旨相同之外，还需要作为请求原因的生活事实相同（给付内容相同时，也可能构成不同的诉讼标的）。与此相对，根据日本的新诉讼标的理论，给付之诉的诉讼标的原则上只依据请求的趣旨予以确定。只有当仅凭请求趣旨难以判断金钱、种类物给付的具体内容时，才得在确定给付对象所需的限度内，斟酌请求的原因。换言之，一分支说是日本新诉讼标的理论的主基调。之所以产生这样的差异，是因为日本新诉讼标的理论的支持者们认为，采用一分支说时，驳回诉讼请求判决的既判力能够覆盖更大的失权范围，因而更忠实于纠纷一次性解决理念。

三、请求权竞合与诉讼标的理论

给付之诉的诉讼标的成为讨论的中心，原因在于民事实体法上可能存在若干个指向同一经济利益的给付请求权。此时，请求权之间处于排他关系与竞合关系的场景尤为重要。首先，两个请求权有时是排他性的择一关系，例如债权人基于借款合同的借款本金返还请求权与以借款合同无效为由的不当得利返还请求权。但是，在诉讼标的的问题上，指向同一给付内容的两个请求权同时满足发生要件，即请求权竞合的案件更为重要。例如，房屋租赁合同终结时，房屋的所有人（出租人）要求承租人返还房屋，既可以是基于所有权的物权返还请求权，又可以是基于租赁合同的债权返还请求权。

请求权竞合问题为给付之诉诉讼标的理论带来了怎样的影响？由于前文已就法院驳回原告诉讼请求判决的既判力进行了详细论述（但需注意，既判力遮断效范围的讨论并不限于请求权竞合），故下文主要以租赁合同终结后的场景为例，讨论法院支持原告诉讼请求时的相关问题。

旧诉讼标的理论认为，给付之诉的诉讼标的以实体法上的请求权为单位。与此相对，新诉讼标的理论则认为，给付之诉的诉讼标的应当超脱于实体法上的请求权，从诉讼法的观点确立诉讼标的的基本单位。因此，旧诉讼标的理论被称为实体法说，新诉讼标的理论被称为诉讼法说。在旧诉讼标的理论上，基于所有权的物权返还请求权与基于租赁合同的债权返还请求权构成不同的诉讼标的，而在新诉讼标的理论上，两个请求权被包含于同一个诉讼标的之内。

根据旧诉讼标的理论，一个案件中可能同时出现基于所有权的物权返还请求权与基于租赁合同的债权返还请求权两个请求权，引起诉讼请求客观合并的问题。如果在前述租赁合同终结时的请求权竞合案例中采用传统的请求权竞合说（即允许两个实体法请求权并存）的话，法院实体审理后可能得出两个请求权都存在的结论。此时，若客观合并的合并形态是单纯合并，那法院必须就两个诉讼标的作出支持诉讼请求的判决。换言之，在判决主文层面，被告得对同一给付内容进行双重的给付。对此，三月章教授立足于其提出的给付之诉纠纷解决功能独立性的主张，对旧诉讼标的理论可能面临的“同一给付内容的债务名义双重化”问题展开了批判（根据新诉讼标的理论，只需在同一主文作出统一的给付命令）。旧诉讼标的阵营通过选择性合并理

(12) (日) 新堂幸司 《民事诉讼法》，日本弘文堂 1974 年，第 210 页。

论回应了新说的质疑。^{〔13〕} 根据该理论，竞合的请求权之间处于选择性的关系，法院支持其中的一个诉讼请求是另一个诉讼请求的解除条件，所以，不会出现两个判决主文指向同一给付内容（即所谓“债务名义的双重化”）的现象。然而，新诉讼标的理论阵营认为，选择性合并的论述逻辑过于技巧化，有失自然。^{〔14〕}

不过，在前述请求权竞合的事例中，如果采用法条竞合说（实体法上只存在一个请求权）的话，即便是在单纯合并的条件下适用旧诉讼标的理论，也不会出现债务名义双重化的问题。此时，由于若干个实体法请求权必然会通过法条竞合归拢于一个请求权，旧诉讼标的理论的难点将被彻底克服。因此，有的学说尝试通过解释实体法的方式，找寻在所有的请求权竞合事例中（传统的法条竞合说只适用于一部分的请求权竞合事例）成功识别一个请求权的理论方案，使得诉讼标的的外沿能够通过实体法请求权予以划定。虽然通过全面适用法条竞合的办法，可以达到同时实现采用实体法说、不采用选择性合并的效果。但在以实体法路径解决请求权竞合问题时，大多数学者选择了将两个同时满足发生要件的请求权统合成一个请求权的统合请求权说。^{〔15〕} 多数持该主张的学者，受到了新诉讼标的理论在请求权竞合事例中将两个请求权涵摄于一个诉讼标的的做法的启发。也就是说，以统合请求权说为前提、通过实体法来划定诉讼标的范围的学说，是在实体法框架内对新诉讼标的理论所提出的问题的回应。^{〔16〕} 为了与传统实体法说相区别，这种学说又被称为“新”实体法说。

四、基于既判力的失权与诉讼标的

如前所述，新诉讼标的理论阵营认为，应扩张给付之诉时驳回诉讼请求判决既判力的失权范围。但这种立场遭到旧诉讼标的理论阵营的激烈抨击。对此，新诉讼标的理论阵营认为，为使失权正当化，法院应当通过行使释明权（《日本民事诉讼法》第149条）向原告指摘其遗漏的法律观点（实体法上的请求权）。^{〔17〕} 由于日本的所有审级都允许当事人本人诉讼（换言之，任何审级都不采用律师强制代理），释明的必要性很高。^{〔18〕}

诚然，如新诉讼标的阵营所言，妥善的释明权行使能够为失权效的扩大化提供正当化依据。但如果法院怠于行使释明权，未向原告指摘足以支持其诉讼请求的法律观点，并作出驳回原告诉讼请求判决的，应当如何处理？一种回应是，原告拥有在上诉审中获得救济的机会，故无需将此视为问题。但是，如果原告是因根本未意识到而没有在原审提出其他的实体法依据，上诉

〔13〕 同前注〔2〕，〔日〕兼子一书，第71页。

〔14〕 同前注〔5〕，〔日〕三月章书，第91页以下；同前注〔12〕，〔日〕新堂幸司书，第215页以下。

〔15〕 代表作品是〔日〕奥田昌道《请求权与诉讼标的》，载〔日〕奥田昌道《请求权概念的生成与展开》，日本创文社1979年，第313页以下。此外，还可参见〔日〕山本克己《基于元规则的规范调整与规范统合方式》，《Jurist》第1096期（1996年），第92页以下。

〔16〕 笔者认为，这种尝试以失败告终。参见〔日〕山本克己《诉讼标的论中“实体法思考”的批判性检讨》，载〔日〕青山善充等编《新堂幸司先生古稀祝贺：民事诉讼法理论的新建构》（下卷），日本有斐阁2001年，第153页以下。

〔17〕 同前注〔5〕，〔日〕三月章书，第99页以下；同前注〔12〕，〔日〕新堂幸司书，第214页以下。

〔18〕 以日本未实行律师强制代理制度为由，反对新诉讼标的理论的文献，参见〔日〕木川统一郎《诉讼标的规模所决定的》，载〔日〕木川统一郎《民事诉讼法政策序说》，日本有斐阁1968年，第231页以下。



审时也不可能期待其补充提出。因此,最近的新诉讼标的理论认为,法院未向原告释明其未意识到的实体法请求权时,该请求权不受驳回诉讼请求判决既判力之失权效的影响。⁽¹⁹⁾也就是说,经由诉讼过程中程序保障实质化理念的洗礼,新、旧诉讼标的理论的代表学者都作为前提的“诉讼标的=既判力的客观范围”的图示,被修正为“诉讼标的 \geq 既判力的客观范围”。

此外,“诉讼标的 \geq 既判力的客观范围”的图示也可以从其他角度获得论证。具体来说,既判力产生于法院以判决形式作出判断的事项,因此,只有被判决明确否定的请求权才会受到既判力失权效的影响。这种观点在诉讼标的论争的全盛期由新诉讼标的理论阵营的学者提出⁽²⁰⁾,并在最近收获了有力的支持者。⁽²¹⁾

新诉讼标的理论没有撼动旧诉讼标的理论在裁判实务中的支配地位。但在昭和51年(1976年)之后,日本最高裁判所开始认为,原告在前诉被驳回诉讼请求后就同一给付内容再次起诉的,后诉的诉讼标的即便与前诉不同,也可能因诚信原则而被驳回起诉。⁽²²⁾也就是说,判例采用旧诉讼标的理论,但承认“诉讼标的 \leq 既判力的客观范围”,这与新诉讼标的理论下“诉讼标的 \geq 既判力的客观范围”的观点出现了互相接近的趋势。

判例的立场转换反过来又影响了理论。新诉讼标的理论的代表学者新堂教授改变了原有立场,放弃了“诉讼标的=既判力的客观范围”的图示,转而提出在具体案件中基于前诉程序过程中的程序事实群修正“诉讼标的=既判力的客观范围”图示的新观点。⁽²³⁾

五、诉讼主体之间的功能分担与诉讼标的理论

新诉讼标的理论下的遮断效扩大通过纠纷的一次性解决理念获得了正当化依据,而新堂教授又将减轻被告在后诉中的应诉负担作为了解决纠纷一次性解决理念的依据。这种保护被告的方法在某种程度上是父爱主义的。被告并不需要做任何主动的努力,其保护通过后诉法院适用既判力规则的方式实现。

不过,也有学说在自我答责的语境下讨论被告保护问题。例如,曾有学者在新诉讼标的理论背景下提出以下见解。⁽²⁴⁾具体来说,诉讼标的由原告起诉状的记载内容确定。在诉讼标的的框架内,不仅原告有权将审理对象限定于特定的实体法请求权,被告也有权将审理对象扩充至其他的实体法请求权。因此,驳回诉讼请求判决既判力的失权效力只及于双方当事人指定的作为审理对象的实体法请求权。也就是说,审理对象的确定过程被拆分为确定诉讼标的、确定实体法请求权两个阶段。其中,确定诉讼标的的权限仍然归属于原告,但确定实体法请求权的权

(19) (日)山本和彦《民事诉讼审理构造论》,日本信山社1995年,第324页以下。

(20) (日)小室直人《诉讼对象与既判力对象》,载(日)小室直人《诉讼标的与既判力》,日本信山社1999年,第1页以下。

(21) (日)中野贞一郎《诉讼标的的概念的统一性与相对性》,载(日)中野贞一郎《民事诉讼的论点》,日本判例TIMES社1994年,第20页。

(22) 例如,最高裁判所1976年9月30日判决,载《最高裁判所民事判例集》第30卷第8期,第799页。

(23) (日)新堂幸司《诉讼标的的概念的功能》,载(日)新堂幸司《诉讼标的与争点效》(下),日本有斐阁1991年,第113页。

(24) (日)井上正三《既判力的对象与法院的选择权》(二),《立命馆法学》第33期(1960年),第47页以下。

限由原告与被告共享（需要注意的是，处分权主义的基本框架已发生重大变更）。此时，被告有权决定追加审理对象，以避免后诉中的应诉负担。

事实上，减轻被告在后诉中应诉负担的目标，可以在不触及处分权主义原则的条件下通过旧诉讼标的理论实现。即，原告以特定的给付内容为目的、将特定的请求权确立为诉讼标的时，被告因为具备就同一给付内容为目的的其他请求权提起消极确认之诉的期待可能性，故需要通过反诉时法院支持其诉讼请求判决的既判力来主动回避其在后诉中重复应诉的危险。

六、实务上的诉讼标的理论

如上文所述，日本的司法实务没有接纳新诉讼标的理论。这源于以下几个原因。

首先，新诉讼标的理论在执行力向口头辩论终结后的承继人扩张时（《民事诉讼法》第23条第1款第3项），面临理论的困境。这一理论弱点早在诉讼标的论争之初便被学者指出，并被最高裁判所昭和48年（1973年）6月21日判决⁽²⁵⁾所验证。

案件梗概：案涉土地登记于A名下，Y以登记是A与Y的通谋虚伪表示为由主张案涉土地的所有权，并以A为被告向名古屋地方裁判所提起了移转土地所有权登记诉讼（前诉）。前诉的口头辩论程序于1968年4月17日终结，同月26日法院作出判决，支持原告的诉讼请求，后判决生效。另案中，X在善意状态下，于1968年6月27日在A为被执行人的司法拍卖中竞得案涉土地，并于同年7月22日完成所有权移转登记。此后，Y以X是前诉口头辩论终结后A的承继人为由，从名古屋地方裁判所获得了对X的承继执行文，对X实施强制执行，并于1968年9月16日完成所有权移转登记。随后，X以承继执行文授予程序违法、Y的所有权移转登记无效为由，以Y为被告，向名古屋地方裁判所提起本案诉讼，要求确认案涉土地归X所有，并基于其所有权将案涉土地的登记名义移转于X。名古屋地方裁判所审理后认为，“口头辩论终结后的承继人，不得提出与口头辩论终结时原所有人与对方当事人之间生效判决相抵触的主张，但得主张基准时之后的新事实”，以X属于《日本民法》第94条第2款的善意第三人为由，支持了X的诉讼请求。Y控诉后，名古屋高等裁判所援引一审判决的裁判理由，驳回了Y的控诉。Y继续上告，最高裁判所以如下理由驳回了Y的上告。

裁判理由：案涉土地的所有权登记于A的名下。由于所有权取得登记的通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人，故X取得案涉土地的所有权，不受Y与A之间的前诉生效判决影响。因此，X不是A对Y所负案涉土地的所有权移转登记义务的承继人，Y不得以X作为A的承继人实施强制执行。

本案中，Y在前诉主张并经生效判决承认的请求权，是基于所有权的所有权移转登记请求权。因此，前诉口头辩论终结后，X从A处获得了所有权移转登记，被认为是口头辩论终结后A的承继人（换言之，Y被认为拥有对X的基于所有权的所有权移转登记请求权），Y从X处取得所有权移转登记。然而，前诉生效判决中被法院承认的请求权是Y对A的基于买卖合同的所有权移转登记请求权。由于买卖合同上的债务并不因登记名义的移转而被继承，仅以X从A处获得了所有权登记为由，认可Y对X的所有权移转登记请求权，显属不当。根据新诉讼标的理论，前诉的诉讼标的是Y要求A完成所有权移转登记的地位或者受给权，其实体法上的性质不是既

(25) 载《最高裁判所民事判例集》第27卷第6期，第712页。



判力与执行力的对象。所以,在执行文授予程序中,必须再行审查前诉生效判决中法院支持原告诉讼请求所依据请求权的实体法性质(具体到本案中,是否为基于所有权的所有权移转登记请求权)。学理上将这种审查称为“法的评价再实施”。本案中,法院书记官是授予执行文的法定机关,令其实施法的评价再实施,面临法理与现实的严重障碍。其实,不仅是执行文授予的场景,在前诉判决生效后的各种程序中,都存在法的评价再实施的问题,这成为新诉讼标的理论无法被接纳的重要原因之一。

其次,为了使新诉讼标的理论下原告败诉判决既判力的失权范围扩大化获得正当化依据,法官不得不在审判实践中大量释明。这种负担感,也是法官们抵触新诉讼标的理论的重要理由。尽管小室说、中野说、山本和彦说等一部分新诉讼标的的学说实际上并没有给实务造成过度的负担,但一提起新诉讼标的的理论,实务立即就会想到三月说和新堂说。可以说,过于经典的三月说与新堂说形成了标签化的印象,而这种印象已经在新诉讼标的的理论固定下来。

不过,更重要的理由或许是新诉讼标的的理论在主张责任、证明责任分配问题上的懈怠。在实务工作者之间,以诉讼标的的作为基点分配主张责任、证明责任的做法占据支配性的地位,甚至成为了一种“信仰”。实务工作者们担忧,在给付之诉时完全无视实体法性质的新诉讼标的的理论,不能为主张责任、证明责任的分配提供指导性标准。然而实践证明,德国实务采用了新诉讼标的的理论(二分支说),却没有出现主张责任、证明责任分配障碍,日本实务的担忧不过是杞人忧天。尽管如此,日本的新诉讼标的的理论把主要精力放在了判决效力客观范围扩张的问题,而没有重视审理的过程,在此背景下形成的理论无法回应实务的担忧,也属必然。

七、诉讼标的论的现状

2019年的今天,距离诉讼标的的论争的全盛时期已超过半个多世纪。诉讼标的的理论早已失去曾经的荣光,以诉讼标的的为主题的论文急剧减少。这种变化源于以下两个原因。

第一,诉讼标的的概念丧失了作为民事诉讼理论“脊梁”的地位。在本文聚焦的原告败诉时的既判力失权范围问题上,“诉讼标的的=既判力的客观范围”的图示业已动摇。不仅如此,传统理论上许多曾经以诉讼标的的作为共同基准的问题,普遍找到了诉讼标的的之外的、适用于各具体问题的固有判断标准。日本学界认为,相比抽象的诉讼标的的理论,对既判力、禁止重复起诉等具象问题的讨论更加高效、务实。这种共识成为学界的共同财富。

第二,民事诉讼法学自身定位的转换。从实体法说(旧诉讼标的的理论)、诉讼法说(新诉讼标的的理论)以及新实体法说的争鸣中可以看出,如何保持与实体法的距离是诉讼标的的论争的重要议题。诉权论的私法诉权论时期,诉讼法曾经长期屈身于实体法之下,被视为从属于实体法的辅助法。但是,随着公法诉权论成为通说,诉讼法逐步产生了公法性的自觉,民事诉讼法学从以民法为代表的私法中独立出来,并形成了作为独立学科的内部认同。比如,既判力本质论的诉讼法说、当事人适格论的诉讼政策说、诉讼行为论的民法不适用说等,或多或少都与这种民事诉讼法的身份自觉有关。新诉讼标的的理论也不例外。然而,现如今民事诉讼法作为独立学科的地位已经无可动摇,这时候,不再需要通过宏大的叙事强调民事诉讼法相对于民法的独立性。在此意义上,新诉讼标的的理论丧失了重要的背景。

当然,以上两个原因也与民事诉讼法自身的成熟有关。在此意义上,诉讼标的的论争是民事诉讼法学走向成熟最重要的契机,其在学说史上的奠基性意义,值得我们永远传颂。