

德国诉讼标的实体法说的发展

——关注对请求权竞合的程序处理

曹志勋*

目次

- | | |
|---------------------|---------------------|
| 一、引言 | 四、基于请求权规范竞合说的诉讼标的学说 |
| 二、旧实体法说向诉讼法说改良的最后可能 | 五、基于对德国学说梳理的初步比较与思考 |
| 三、新实体法说中率先系统化的处分客体说 | |

摘要 诉讼标的的识别问题是民事诉讼法学中的核心理论问题,也与实体法和其中的请求权竞合学说紧密联系。为了解决旧实体法说下的理论困境,伦特主张基于当事人对请求权选择的无所谓态度,尽可能认定单数的诉讼标的,但是在判断既判力时则应当承认例外。随后,亨克尔率先系统地提出了以处分客体为核心的新实体法说,强调从多重功能角度重新理解实体请求权概念,乔治亚迪斯则系统地论证了请求权规范竞合概念,并将其与诉讼标的的识别挂钩,但是其都不能从德国现行法规范体系中找到支持,无法被主流观点接受。在考虑通过实体法思路解决请求权竞合时的诉讼标的识别问题时,应当注重本国的实践传统,挑战者因此不得不承担更多的说服责任。

关键词 请求权竞合 诉讼标的 旧实体法说 新实体法说 诉讼法说

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2018.01.004

一、引言

诉讼标的问题向来是民事诉讼法学的基础理论问题,无论是从各层次教学中的重视、学者著书立说的热情^{〔1〕}还是学界“华山论剑”的渴望^{〔2〕}来看,我国研究者们对此也都非常关注。在《最

* 北京大学法学院助理教授、法学博士。作者感谢彭诚信和赵秀举教授的指点,两位匿名评审专家的评阅,贺剑、卢佩、任重、牛颖秀和黄若微的修改建议和康朔同学出色的研究助理。

〔1〕 比如,仅参见吴英姿:《诉讼标的理论“内卷化”批判》,载《中国法学》2011年第2期,第177~190页;段文波:《请求权竞合论:以诉之选择性合并为归宿》,载《现代法学》2010年第5期,第158~164页;段厚省:《民事诉讼标的论》,中国人民公安大学出版社2004年版;李龙:《民事诉讼标的理论研究》,法律出版社2003年版;张卫平:《论诉讼标的及识别标准》,载《法学研究》1997年第4期,第56~67页;江伟、韩英波:《论诉讼标的》,载《法学家》1997年第2期,第3~14页。

〔2〕 对此,仅参见在最近一年以内举办的第六和第七届紫荆民事诉讼青年沙龙,两者均直接以民事诉讼的基础理论为讨论主题。

高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》第247条和第248条出台的背景下,学界从理论思辨出发、进而与实务界对话的热情,更是被进一步激发了,^{〔3〕}笔者也可以预见一大波新鲜成果“正在路上”。如果仅从理论视角来看,关于诉讼标的问题的思考主要聚焦于诉讼标的的定义、诉讼标的的识别标准及其是否统一、诉讼标的在不同诉讼问题(诉的客观合并、诉的变更、禁止双重起诉和既判力的客观范围)^{〔4〕}和不同诉的类型(确认、给付、形成之诉)中的具体解释,以及作为程序法上请求权的诉讼标的与实体请求权的关系。囿于篇幅、研究水平以及本文有幸参加的书面研讨的主题设置,本文的落脚点在最后一个方面,特别将主要针对德国法相关典型观点的介绍,为当下流行的立法论和解释论探讨增加一个小小的注脚。

虽然半个多世纪以来,德国诉讼标的的识别的主流学说都是所谓的诉讼法二分支说(以诉的声明和原因事实为标准),但是与其平行的、更紧密与实体法相连的实体法学说并非是简单的销声匿迹,而是一直努力组织好“影子内阁”,在主流声音之外顽强生长。而且在德国理论的发展过程中,同一学者的学说常常在学界同仁的鞭策下不断进化,不同的学者之间的观点也时有交错。在实务层出不穷的新问题面前,研究者也必须不断与时俱进。换言之,诉讼标的学说并非仅是某人闭门造车式的理论推演,而更多是在与其他学者交流和论辩后修正的产物。这样看,在诉讼法说从挑战者到最终获得通说地位的过程中,实体法说研究也间接做出了显著贡献,不说是“相爱相杀”这样夸张,至少也是“一路有你”的良性互动关系。无论是检视实体法说的学者对诉讼法通说的挑战,还是观察诉讼法说的学者的相应反击,都需要考虑到两者相互参照的背景。同时,如果认为我国目前实务通说和理论界都是旧实体法说的话,^{〔5〕}那么无论从实体法体系还是诉讼标的理论的自身内容来看,德国诉讼标的的实体法说的发展历程就更具有直接参考价值。从理论研究自身优势来看,这也至少与对实务做法的评析同样重要,甚至可以说是深化理论探讨的前提储备。其中,请求权竞合作为诉讼标的的识别问题中各理论主张交锋最主要的战场,在理论梳理中值得特别关注,本文也主要关注了三位典型实体法说捍卫者剖析竞合问题的努力。最后需要说明的是,虽然不同作者对于不同实体法类型和诉讼标的的识别标准有不同理解,但是在多数案件的最终程序法结果上并没有差异,其理论价值主要在于得到相同结果的论证过程。

〔3〕 比如,参见卜元石:《重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用》,载《法学研究》2017年第3期,第91~106页;严仁群:《既判力客观范围之新进展》,载《中外法学》2017年第2期,第536~559页;陈杭平:《诉讼标的理论的新范式》,载《法学研究》2016年第4期,第170~189页。另参见陈杭平教授在《法学论坛》2017年第6期就诉讼标的问题的专题组稿。

〔4〕 这在传统上被称为诉讼标的问题的四大试金石,也是统一诉讼标的学说试图统一标准的四个领域。如后文所述,近年来相对诉讼标的学说则试图放弃统一解释的目标,针对不同问题寻求不同的解决方案,但是同样不会回避对这四个问题加以回应。比如,参见陈杭平,同上揭。国内不同见解,参见严仁群:《诉讼标的之本土路径》,载《法学研究》2013年第3期,第92页。就此而言,张卫平教授虽然专门讨论了诉讼系属意义上的禁止双重起诉,但是并未主张断然割裂不同试金石下的理论分析。参见张卫平:《重复诉讼规制研究》,载《中国法学》2015年第2期,第49页。相反强调更广泛的整体思维的观点,亦见汤维建:《我国民事诉讼法学的现代化转向》,载《清华法学》2013年第5期,第152页。

〔5〕 比如,参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年版,第634~635、648页。亦见刘哲玮:《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》,载《当代法学》2016年第3期,第24~26页;任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,载《当代法学》2016年第3期,第43~45页;郝伟明:《论诉讼标的与请求权规范之竞合》,载《法商研究》2016年第3期,第103页;王亚新、陈晓彤:《前诉裁判对后诉的影响》,载《华东政法大学学报》2015年第6期,第12~14页。

二、旧实体法说向诉讼法说改良的最后可能

在 20 世纪中叶之前,以实体请求权和法律关系作为识别标准的旧实体法说几乎一直统治着德国民事诉讼法学界。在漫长的发展过程中,其内部自然也出现多种不同学说,分别在不同时期引领潮流并被后来学说所取代。除了早期传统理论和(本文略有涉及的)赫尔维希(Hellwig)的经典体系化尝试之外,为旧实体法说收官、并在与诉讼法说的对抗中败下阵来的“末代帝王”,要数 20 世纪上中叶的伦特教授了。伦特(Lent)教授在研究生涯中逐步发展成熟的学说,可谓是旧实体法说的集大成者和最有力辩护者,并且在其底色之上向诉讼法说部分靠拢(以至于危及其作为实体法说的基本属性),〔6〕也就成为本文首先讨论的范本。

从概念上看,伦特的学说已经将实体法和诉讼法上的请求权在概念上完全区分,〔7〕作为后者的诉讼标的只是在内容上由实体法决定,但是两者并不等同。诉讼标的或其核心概念是当事人对实体权利或者法律关系的主张(Rechtsbehauptung)。〔8〕在这个基础上,他反对将诉讼标的仅理解为诉的要求(Klagebegehren)/诉的声明(Antrag)。他认为,既判力问题涉及的是法院裁判的正确性,而这只能来自对实体请求权的分析。而且诉的要求说本质上属于向法院提出的公法上的请求权,而不是法院实质上解决的私人之间的纠纷,不符合对民事诉讼对象的一般理解。〔9〕同时,各种诉的种类都适用同一的诉讼标的概念,〔10〕涉及相同的实体请求权的不同权利保护形式(确认或给付之诉)同样构成不同的诉讼标的。〔11〕相对而言,案件事实只具有相对次要的作用,不能作为诉讼标的一部分,但对于识别诉讼标的具有作用。〔12〕如下所述,当事人提出多个不同的案件事实并不影响诉讼标的的数量。只要实体权利唯一,诉讼标的就唯一,案件事实和请求权基础都只能在导致实体权利变动时间接地影响诉讼标的的识别。案件事实只有在其改变导致实体请求权改变时,才导致诉讼标的变更。由此亦可见,伦特的案件事实概念即所谓与构成要件相连的“法律事实”。〔13〕

〔6〕 哈布沙伊德(Habscheid)将伦特与赫尔维希(Hellwig)的学说称为实体法说和诉讼法说间的折中学说。Habscheid, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1956, S. 66 ff. 关于早期实体法说的讨论,参见:Althammer, *Streitgegenstand und Interesse*, 2012, S. 35 ff.; Stein/Jonas/Roth, *ZPO*, 22. Aufl., 2008, vor § 253 Rn. 14 ff.; Hesselberger, *Die Lehre vom Streitgegenstand*, 1970, S. 91 ff.

〔7〕 赫尔维希则被认为是在论述中最早承认这一区分的学者,尽管他没有明确提出这一观点。Habscheid, a. a. O. (1956), S. 66 ff.; Hesselberger, a. a. O., S. 137.

〔8〕 Lent, *Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand*, ZVP 72 (1959), 63, 72 f.; Lent, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, ZVP 65 (1952), 315, 318, 321; Lent, *Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., 1959, § 37 III (S. 102). 与此相对,在诉讼法说中权利主张则不是这里的实体法上的主张,而意味着对具体法律后果(诉的声明)的主张。Habscheid, a. a. O. (1956), S. 69, 141 ff.; Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1954, S. 8 f.; Nikisch, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1935, S. 14 ff.; Rosenberg, *Erwiderung*, ZVP 57 (1933), 76, 77 ff.; Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 9. Aufl., 1961, § 88 II 1 a (S. 417).

〔9〕 Lent, a. a. O. (1959), 70 ff. (观点更为“激进”,认为两者之间是或然关系,不能并存); Lent, a. a. O. (1952), 317 ff. (在承认诉的要求通过其内容决定诉讼标的时,进一步将对实体权利的主张作为诉讼标的的核心。)

〔10〕 Lent, a. a. O. (1959), 72.

〔11〕 Lent, a. a. O. (*Zivilprozessrecht*), § 37 III (S. 103); Lent, a. a. O. (1952), 329 ff.

〔12〕 Lent, *Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß*, ZVP 63 (1943), 3, 4; Lent, a. a. O. (1952), 319 ff.; Hesselberger, a. a. O., S. 140 f.; Habscheid, a. a. O. (1956), S. 70 f.

〔13〕 Hesselberger, a. a. O., S. 141 & Fn. 46, 267.

由于伦特的学说根据实体请求权可能存在的数量有不同的解释,以下分别讨论。法条竞合中各法条的法律构成要件只能作为诉讼理由(Klagegrund),而不是诉讼标的数量的识别标准,这种情况出现在比如一个具体的侵权行为同时满足三项侵权一般条款时(§ 823 I, II, 826 BGB),或者原告的减价请求权有不同的理由时(§ 459 BGB a. F.)。^[14] 这里也许需要区分民法和刑法上的法条竞合,前者指针对一个案件事实适用的多个法律构成要件,后者则限于其中不同规范相互排斥的情形。^[15] 伦特则在第二种意义上使用这一术语,前一种则称为请求权竞合或请求权规范竞合(详见后文新实体法说的介绍)。

同时,由于绝对权本身即可以完成个别化,不需要具体的案件事实即权利取得原因(比如基于时效的原始取得或基于法律行为的继受取得)的协助,因此权利取得原因也只能被视为诉讼理由。^[16] 此时,变更理由并不构成诉讼标的的变更,不同理由也不能冲破禁止二重起诉和既判力客观范围的限制。^[17] 从另一个角度看,此时就涉及实体权利的定性问题。除了当事人使用的法律概念并不限制法院之外,^[18] 伦特也认为当事人只需提供足以使诉讼标的个别化的事实即可,具体的定性应由法官判断。比如,如果原告主张被告向其支付一定数额的金钱,那么他只需明确地描述涉案的合同即可。至于合同具体属于使用租赁还是用益租赁并适用何种请求权基础,则属于法官知法的范围。^[19] 此时自始至终只存在一个实体请求权,因此只有一个诉讼标的。不过,伦特认为这并不影响原告仅就合同的定性提起确认之诉的权利。^[20]

在涉及请求权竞合即可能存在多个实体请求权的情形时,比如最经典的、由于电车发生交通事故导致乘客遭受人身伤害、分别可以基于违约和侵权的理由请求损害赔偿的情形中,诉讼标的一般为复数。例外在于,如果原告仅提出单纯的判决要求、而对基于何种理由持无所谓态度时,诉讼标的仅为单数。这就意味着为了保证理论的可接受性,伦特的学说中允许诉讼标的的定义存在例外。^[21] 在例外情况下,诉讼标的是当事人的要求即具体的法律后果,即诉的声明或称为“抽象的法律后果主张”^[22]。不过,伦特也认为原告对理由无所谓的情况是实践中的常态,而坚持以两

[14] *Lent*, a. a. O. (1952), 331 f., 355 f.; *Lent*, Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZJP 57 (1933), 1, 58 f.; *Lent*, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß (Bd. 2), 1916, S. 103 ff.; *Lent*, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß (Bd. 1), 1912, S. 73 f.

[15] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 267 Fn. 25.

[16] *Lent*, a. a. O. (1952), 318, 327; *Lent*, a. a. O. (1912), S. 145 ff. 赫尔维希同样认为此时不存在权利竞合。此时比如所有权保持唯一,当事人虽然可以在诉讼中主张不同的取得原因(比如出于证据方面的考虑),但是真正能发挥作用的最多只有一个。易言之,要么是第一个事实理由成立,那么就不需要考虑第二个;要么是第一个不成立,那么才需要考虑第二个。 *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts (Bd. 1), 1912, S. 321.

[17] *Lent*, a. a. O. (1952), 327 f.

[18] *Lent*, a. a. O. (1933), 15 ff.; *Lent*, a. a. O. (1916), S. 27 ff.

[19] *Lent*, a. a. O. (1959), 73 ff.; *Lent*, a. a. O. (1952), 322 f.

[20] *Lent*, a. a. O. (1952), 324. 目前德国通说仍然允许对于法律定性的确认之诉: BGHZ 109, 275 = NJW 1990, 834 (基于执行法上的需要); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 90 Rn. 8; *Stein/Jonas/Roth*, a. a. O., § 256 Rn. 22 & Fn. 71.

[21] 批评其判断诉讼标的的标准不统一且失去客观性,从而由当事人的意志而定,无法统一地预先确定诉的合并、诉的变更和诉讼系属: *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 13. 但是从现在往回看,新的学说(邱联恭的诉讼标的相对说)恰恰试图在这些方面突破旧有的陈规,更加突出当事人在诉讼中的主导地位,或者说重新解读处分权主义。

[22] *Hesselberger*, a. a. O., S. 139, 149. 这里的“抽象”和“具体”对应的并不是同一个参照物。

个理由判决则实属例外。^[23] 就同时代的横向比较而言,持新实体法说的学者在此基础上走得更远、直接否定了此时实体权利的多数。他们的一个理由也与此相似,即认定权利人同时享有数个实体权利,实际上有违一般人的正常认知。^[24]

除了涉及特殊管辖权和原告通过剪裁案件事实来限制实体请求权这两种较为特殊的情况外,根据当事人的不同意思,伦特区别对待以下三种情况。首先在一般情况下、即原告仅提出单一的诉的声明时,原告的诉讼行为意味着他对法院认可哪个实体权利持无所谓的态度。因此,任何一个请求权基础被满足原告就会完全胜诉,都不满足时则导致完全败诉。如后所述,既判力的客观范围取决于参与辩论及作为裁判理由的实体请求权的数量。但是,由于在判断诉讼标的时已经将所有的实体请求权都包含在内,伦特承认这种做法体现的是一种理论上的例外,^[25] 不过辩解称这里的特殊性仅在于原告提出的诉的声明,而与权利主张的特殊性无关。^[26] 即使在随后二分支学说的背景下,这种解释进路也得到传承。^[27]

其次,如果原告仅主张一个请求权基础但实际上并不满足条件,法官只能判决败诉而不是自行支持选择其他的请求权基础。^[28] 比如,如果原告基于买受物的瑕疵主张损害赔偿,但实际上仅满足退款或者减价(§ § 459, 463 BGB a. F.),^[29] 那么法官只能判决原告败诉,而不能自行支持退款或者减价的权利,因为原告没有主张后者。^[30] 类似的情况也出现在支付价款请求权和不当得利请求权,^[31] 明示的合同成立和默示的意思表示一致之间。^[32] 此时既判力范围同样也不及于未被审判的请求权。

再次,伦特认为原告有权在诉的声明中明确结合两个请求权基础,比如一个给付之诉配合对

[23] *Lent*, a. a. O. (1959), 74 f., 77; *Lent*, a. a. O. (1952), 336 f.; *Lent*, a. a. O. (1933), 8 ff.; *Lent*, a. a. O. (Zivilprozessrecht), § 37 IV (S. 105). 这样就区别于之前赫尔维希的观点,后者认为有几个实体请求权,就需要拟制当事人有几个诉的声明。*Hellwig*, a. a. O. (1912), S. 325 (在诉的声明中就要提及请求权基础,虽然他也承认实践中不会这样做); *Hellwig*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts* (Bd. 3), 1909, S. 70 (明确指出多个诉的声明); *Hellwig*, *Anspruch und Klagerecht*, 1900, S. 107 N. 8 (诉的声明的目的不只在执行,也在于确认); *Georgiades*, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1967, S. 114 f.; *Hesselberger*, a. a. O., S. 150 f.; *Nikisch*, a. a. O. (1935), S. 99 ff. (因为赫尔维希认为诉的声明也在于对债务的确认,因此在表面单一的诉的声明背后实际上隐藏着多个要求法院确认的实体请求权。)

[24] *Nikisch*, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, AcP 154 (1955), 271, 283.

[25] *Lent*, a. a. O. (1959), 90 f.; *Lent*, a. a. O. (1952), 335 f.

[26] *Lent*, a. a. O. (1959), 78; *Lent*, a. a. O. (1952), 335 f.

[27] BGH NJW-RR 1997, 1374.

[28] *Lent*, a. a. O. (1952), 336. 赫尔维希的观点也类似,此时诉讼标的仅为当事人明确提出的实体请求权。*Hellwig*, a. a. O. (1900), S. 107 Fn. 7. 相反如果在诉的声明中没有明确提出实体请求权,则需要结合当事人的事实主张加以判断。*Hellwig*, a. a. O. (1912), S. 325; *Hellwig*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts* (Bd. 1), 1903, S. 270.

[29] 这种情况在实体法上涉及选择(elektiv)/替代(alternativ)的请求权竞合,详见新实体法说部分。

[30] *Lent*, a. a. O. (1933), 7, 23 f. 罗森贝克的反对意见: *Rosenberg*, a. a. O. (1933), 82. 台湾学者王甲乙法官对此的类似批评,参见王甲乙:《诉讼标的理论概述》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑(下)》,五南图书出版公司1984年版,第400页。

[31] 严仁群教授认为此时不构成请求权竞合。参见前注[4],严仁群文,第99页。这与旧实体法说的一般观点并不相同: *Lent*, a. a. O. (1916), S. 160, 449 (明确作为请求权竞合的典型类型加以讨论); *Hellwig*, a. a. O. (1912), S. 322.

[32] *Lent*, a. a. O. (1943), 9.

余下请求权的确认之诉。^[33] 这种在权利保护形式上的转换固然避免了双重给付的问题,但却会涉及确认利益的问题。即使连伦特自己都承认,确认利益在实践中很难被认可。^[34] 那么符合裁判技术的做法只能是做出完全满足请求数额的部分判决,而确认之诉中的实体请求权则处于悬而未决的状态。^[35] 同时,这也就可能要求法官在审理时询问原告是否有特别希望适用的请求权基础。^[36] 类似的情况也可能出现在原告舍弃、被告认诺、缺席、上诉程序或者分开辩论中,^[37] 同时伦特也并未在确认之诉和形成之诉中放弃统一的诉讼标的概念。^[38]

此外,从诉讼标的理论的主要影响对象来看,在诉的合并、二重起诉和诉的变更三个问题上,结论与前者相同;但在既判力的客观范围上则一律以实体请求权为标准。在判断是否存在诉的合并时,在确认之诉和形成之诉中仅以原告是否主张了多个实体请求权为标准,但在给付之诉中则原则上以当事人是否仅作一次要求(诉的声明)而定。当当事人明确主张多个请求权而且案件事实能够同时满足多个请求权基础时,那么仍然构成多个诉讼标的。涉及二重起诉和诉的变更时的情况与此类似。^[39] 与此不同在既判力方面,为了保证确定标准的明确性,伦特将裁判标的一律视为主张的具体实体权利而不能是原告的要求,这样便打破了诉讼标的和裁判标的的统一性。^[40] 如果原告明确限定了主张的实体权利,那么其他可能的实体请求权由于并未经过司法审判,不在既判力的客观范围之内,因此可以另行起诉。^[41]

三、新实体法说中率先系统化的处分客体说

在诉讼法说的猛烈攻击下,无论是经典的旧实体法说还是前述伦特已经极大让步的新主张,都无法恢复前辈们昔日的荣光。如果仍然坚持以实体法作为识别标准的诉讼标的理论解决问题,就不得不从实体法概念本身而不是程序法对其的应用下手。此时,时代呼唤根本性的创新尝试。于是,在尼基施(Nikisch)通过发表短篇论文吹响了统合程序法和实体法、进而在实体法中借鉴程序法成果的号角后,^[42] 亨

[33] *Lent*, a. a. O. (1959), 74 f.; *Lent*, a. a. O. (1952), 337. 这里就与前述赫尔维希拟制多个诉的声明的观点相同。

[34] *Lent*, a. a. O. (1959), 88, 93; *Hesselberger*, a. a. O., S. 146. 日本的旧实体法学说则试图从选择合并的角度处理诉的合并问题,但是除了面临诉缺乏确定性的质疑之外,实际上也违背了旧实体法说强调实体权利的基本出发点。参见新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第224页。

[35] *Georgiades*, a. a. O., S. 116; *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 14 f.

[36] *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 18 f. 在持诉讼法说的学者看来,这里涉及的是法官知法原则而非处分权主义,当事人无权选择适用的法律。当事人只能在辩论主义下通过提出的案件事实限制请求权基础的适用可能。如果案件事实本身满足两者,那么就只好任由法官自行选择。

[37] *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 14 ff.; *Rosenberg*, a. a. O. (1933), 87. 这纯粹是一种理论上的假设(事实上从没有这样的司法实践),即单纯讨论理论自身的缺陷。当然,伦特教授的观点已经是后期的旧实体法说,试图回应诉讼法说的攻击,于是只剩下理论上的但实际中不存在的缺陷而已。

[38] *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 17 f. (不过确认之诉中由于有确认利益的限制,问题被消解了。)

[39] *Lent*, a. a. O. (1959), 78.

[40] *Lent*, a. a. O. (1959), 78 ff., 88 ff.; *Lent*, a. a. O. (1952), 333 ff.; *Hesselberger*, a. a. O., S. 149; *Schwab*, a. a. O. (1954), S. 24 ff., 150 f.; *Jauernig*, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, 1958, S. 119. 这实际上体现了对既判力范围的限缩, *Althammer*, a. a. O., S. 503.

[41] *Lent*, a. a. O. (1959), 89, 92; *Lent*, a. a. O. (1952), 346 f. (可以做出仅仅部分解决纠纷的终局判决的基础在于当事人的同意以及诉的声明)这也正是我国台湾地区诉讼标的相对说的主张。

[42] *Nikisch*, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, AcP 154 (1955), 271, 282 f.

克尔(Henckel)教授开始了新实体法说阵营中的系统努力。^[43] 尼基施的主要观点被认为(至少部分地)结合了诉的声明和事实因素的二分支说,^[44] 后期更是为了解决前者中的问题而引领了新实体法说的出现,即认为在电车案件中只存在一个实体请求权,以便和诉讼法说的观点对接。^[45] 可以说,尼基施的学说虽然在诉讼标的的识别上开启了诉讼法说的新篇章,但在定义上仍然保持与实体法的紧密联系。^[46] 相比之下,亨克尔走得要更远一些。

从德国法部分理论和规范论证了诉讼标的应当向实体法靠拢,^[47] 承认诉讼标的的诉讼法属性^[48] 并强调重新理解实体请求权概念^[49] 之后,亨克尔的核心思路是将程序请求权概念与实体请求权概念在程序方面的功能相结合,即实体请求权作为处分客体(Verfügungsobjekt)的功能。^[50] 他认为实体请求权兼具教义功能、涵摄功能、体系化功能(Ordnungsfunktion)、处分客体和担保法中确定管辖的功能。^[51] 这一具有理论起点意义的先在判断,在具有创新性的同时也遭到很多质疑,主要即聚焦于此时实体请求权就不同功能而言具有不同的定义,相互之间难以相容。^[52] 面对上述批评,亨克尔则认为自己只是根据实践修改了请求权的概念,并且仍然坚持其功能多样且不统一的实体请求权概念。^[53]

进而,案件事实满足要件事实的时间点在处分客体的个别化中发挥决定性作用,在请求权竞合中就需要判断不同法律构成要件被满足的时间点。这样,在电车案件中合同和侵权的损害赔偿请求权在同一时刻得到满足,因此构成同一处分客体及相应同一诉讼标的;而在价款返还请求权和合同不成立时的不当得利返还请求权的情况下,由于合同不成立在先而标的物被消费在后,因此构成两个处分客体及不同诉讼标的。^[54] 与此不同,在买卖和本票的关系中,则应当根据法律本意判断,不必考虑具体的时间点。此时由于两个法律构成要件相互并不重叠,始终构成不同处分客体和诉讼标的。^[55] 反对意见则

[43] Hesselberger, a. a. O., S. 234.

[44] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., vor § 253 Rn. 20; Habscheid, a. a. O. (1956), S. 44 f.; Schwab, a. a. O. (1954), S. 46 f.

[45] Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154 (1955), 271, 282 f.

[46] Althammer, a. a. O., S. 54 f.

[47] Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 249 ff. 这里具体包括形式当事人理论与诉讼实施权,个别形成之诉(证券诉讼)中的诉讼实施权,以及标的物在诉讼中的转让(§ 265 ZPO)和既判力主观范围的扩张(§ 325 ZPO),与本文主题及我国诉讼标的理论的理解关系有限,因此不再展开。

[48] Henckel, a. a. O. (1961), S. 253 ff.

[49] Henckel, a. a. O. (1961), S. 256 ff.

[50] Henckel, a. a. O. (1961), S. 270.

[51] Henckel, a. a. O. (1961), S. 258 ff.

[52] Althammer, a. a. O., S. 67 f.; Schwab, Noch einmal: Bemerkungen zum Streitgegenstand, in FS Gerhard Lücke, 1997, 793, 804; Georgiades, a. a. O., S. 137 ff.; Arens, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970), 392, 410.

[53] Henckel, Stein-Jonas-ein Großkommentar zur Zivilprozessordnung, JZ (1992), 645, 648[在评论法律评注中舒曼(Schumann)的诉讼标的相对论时表态]; Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 126 f.

[54] 由此也可以看出,亨克尔对案件事实的理解广度要超过“法律事实”(伦特),但是小于诉讼法说下的“生活事实”(哈布沙伊德)。

[55] Henckel, a. a. O. (1961), S. 266 f. 从实体法上看,为价款出具本票和汇票的行为在民法上一般属于清偿的给付(Leistung erfüllungshalber)(§ 364 II BGB),即为了履行在先债务而设立新的债务,债权人应当先尝试通过新债获得清偿并使新旧债务一并消灭(因此区别于担保的给付,Leistung sicherheitshalber),同时原债务仍然同时存在(区别于代物清偿,Leistung an Erfüllung statt)。BGHZ 96, 182 = NJW 1986, 424, 425; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl., 2013, § 14 Rn. 7 ff.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl., 2015, Rn. 272 ff.; Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, 14. Aufl., 1987, S. 250. 类似的情况还包括作为抽象行为的债务约定(§ 780 BGB)和债务承认(§ 781 BGB),其中本票在本质上即一种形式要求更严格的债务约定。最后,在涉及消费者的借款合同不得设置以担保为目的的本票和汇票(§ 496 III BGB)。MüKoBGB/Schürbrand, 7. Aufl., 2016, § 496 Rn. 2, 18.

普遍认为,时间是否一致取决于个案情况,比如同时做出借款和债务约定的行为或者不同时间表示划分出相同数额的婚嫁立业资财(§ 1624 BGB)[一种区别于赠与的加利法律行为,但不得如赠与那样(§ 530 BGB)可撤回],按这里的时间标准则应当违反常识地认定为同一处分客体。^[56]然而笔者认为,这种批评忽视了亨克尔在部分案件中仅比较法律构成要件的特别识别标准。至于亨克尔的区分是否有根据,在德国法上则应当回到尼基施提出的、基于立法本意的解释是否站得住脚。

上述一般理论主张,可以在不同的诉讼类型中被适用。在给付之诉中,诉讼标的应当按照实体处分客体被确认的标准个别化,即通过其内容和请求权基础事实(Klagegrund)个别化的、被主张的实体请求权。而诉讼标的的识别标准则是由权利保护形式、请求权内容以及通常情况下需要考虑的请求权主体表明的诉的声明,和请求权基础事实两部分组成,其中后者即对应满足所主张的法律后果的法律构成要件的一部分生活事实(法律事实)。^[57]如果抛开亨克尔对实体请求权的重新诠释和对实体法定性的轻视,^[58]这就是经典旧实体法说的观点,而与表面上看起来形似的诉讼法二分支说无关。^[59]在确认之诉中,诉讼标的的识别标准则是被主张的绝对权及其主体和内容。^[60]与此类似,在涉及不同所有权取得原因(物权移转和遗产继承)时,由于物权返还请求权并不需要考虑案件事实对权利的个别化,也构成同一诉讼标的。^[61]在形成之诉中,亨克尔的观点发生过变化。最初,他认为确定诉讼请求权的识别标准是具体的形成原因,有多少形成原因就有多少诉讼标的。但是形成原因并非前述处分客体,也不需要考虑具体时间点的差别,这样多个分别满足法律构成要件的婚姻过错行为只构成一个诉讼标的。他认为形成之诉中涉及的并非实体法上的形成权(比如解除权),而是一种传统意义上的权利保护请求权,因为这只需要向法院(而非被告)要求,原告享有的也只是要求的权利(而非实体权利本身)。^[62]由上可见,这里的形成原因实际上并非指具体的案件事实,而是抽象的法律构成要件。但是十年后,亨克尔限缩了自己的观点,转而认为在婚姻无效之诉中法院必须审查所有无效(形成)理由。^[63]

具体到诉讼过程中判断诉讼标的是否同一时,亨克尔常常需要借助其他理论工具。在禁止双重起诉的问题上,一般情况下可以通过处分客体的数量判断,但是在涉及价款返还和不当得利时,虽然构成不同诉讼标的,但是仍然由于可能导致认定内容矛盾的双重给付,不能同时起诉。在涉

[56] Althammer, a. a. O., S. 68; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., vor § 253 Rn. 34; Georgiades, a. a. O., S. 151 f., 237 f.

[57] Henckel, a. a. O. (1961), S. 277 f.

[58] Henckel, a. a. O. (1961), S. 271. 例外是在涉及特殊地域管辖时,仍然需要考虑到实体权利的定性,只不过此时限制的只是涵摄功能而非诉讼标的。同时特殊地域管辖的特别法将发挥限制既判力范围的功能。比如在侵权行为地提起的诉讼也将覆盖整个诉讼标的(合同与侵权请求权)并做出终局判决(但需要在裁判理由中注明并未审查合同请求权),但是此时仍然可以依照一般地域管辖,就前诉并未审查的合同请求权另行起诉,即由于前诉裁判理由的记载,前诉的既判力不约束合同请求权。Henckel, a. a. O. (1961), S. 271, 278 f., 301; Hesselberger, a. a. O., S. 225.

[59] Hesselberger, a. a. O., S. 224.

[60] Henckel, a. a. O. (1961), S. 285.

[61] Henckel, a. a. O. (1961), S. 289 f.

[62] Henckel, a. a. O. (1961), S. 31 ff., 286 ff.

[63] Henckel, a. a. O. (1970), S. 126. 这里亨克尔接受了尧尔尼希(Jauernig)教授的批评: Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967, S. 55 ff.

及通奸和严重婚姻过错行为时，虽然从性质上出现了两个诉讼标的，但是由于特别法的排除效（§ 616 ZPO）扩张到既判力发生之前，仍不得同时提起。^[64] 在诉的合并方面，虽然不受到权利保护利益的限制，但是为了避免双重给付仍然不能采取重叠合并。此时既可以采取预备合并，又可以根据当事人对法律观点无所谓的态度，适用选择合并。此时诉的声明也被认为是确定的，只不过基础事实存在择一关系。^[65] 就诉的变更而言，亨克尔坚持了上述判断。最后在涉及既判力的客观范围时，他主张诉讼标的和裁判标的相同，但是由于发生既判力的是以诉讼标的为内容的裁判本身，既判力的范围必须考虑到裁判的内容。^[66] 针对伦特立足于旧实体法说的观点，他认为虽然被主张权利的法律定性既不是诉讼或裁判的标的、又在诉讼标的个别化中不发挥决定性作用，但是由于法律定性属于涵摄得出的结论，当事人也不得挑战。比如，如果可能导致前诉中被支持或驳回的权利的定性改变，即使在最后口头辩论期日之后出现的新的事实主张，也可能不得提出。^[67] 针对诉讼法中对于前诉中未提出事实的排除效，他认为一般而言排除效属于既判力消极作用的间接后果，即不得就实体权利或者形成原因再次争议。只有在特别法规定时，才存在超出既判力的排除效。^[68]

四、基于请求权规范竞合说的诉讼标的学说

在实体法说的脉络中，更向前一步的当属民法大家拉伦茨（Larenz）的门生乔治亚迪斯（Georgiades），正是他在其他实体法学者研究的基础上，提出了后来经由拉伦茨的推广、广为流传的请求权规范竞合概念，^[69] 并且完成了具体的类型化讨论。值得说明的是，请求权规范与民法学中被广泛使用的请求权基础的含义相似，都是表明只存在一个实体请求权，但是可能同时存在多个法规范，能够作为这个权利的基础。为了使对请求权规范竞合学说的介绍更容易与当下的民事实体法对接，这里不再详述乔治亚迪斯在 20 世纪 60 年代提出的原初学说，^[70] 而是直接转向继承了其学术遗产的当下请求权竞合研究，在此基础上再补充乔治亚迪斯就诉讼标的问题的分析。

延续到当下，广义上的请求权竞合大致可以被分为五类。^[71] 首先是重叠的竞合或请求权聚

[64] Henckel, a. a. O. (1961), S. 288 ff.

[65] Henckel, a. a. O. (1961), S. 290 f. 在本文在一分支理论处介绍的对选择合并的批评之外还需要注意到，由于亨克尔的诉讼标的学说以实体权利为诉讼标的，那么此时诉讼标的也应当保持确定，而诉讼标的是需要通过案件事实加以个别化的。一旦案件事实处于择一状态，那么诉讼标的也将同样处于择一状态因而无法确定。Hesselberger, a. a. O., S. 235.

[66] Henckel, a. a. O. (1961), S. 292 ff.

[67] Henckel, a. a. O. (1961), S. 295 ff.

[68] Henckel, a. a. O. (1961), S. 302 f.

[69] Larenz/Canaris, Schuldrechts II/2, 13. Aufl., 1994, § 83 VI 1 Fn. 31 (S. 597). 如该书前言中介绍的 (S. V), 卡纳里斯教授唯独对拉伦茨教授这一部分的原稿没有做整体修改，因而保留了拉伦茨教材的原貌。

[70] Georgiades, a. a. O.

[71] Larenz/Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., 2012, § 21 Rn. 1 ff.; MüKoBGB/Bachmann, 7. Aufl., 2016, § 241 Rn. 35 ff. (限定在同一案件事实上); Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 293 (有所不同的分类). 中文资料, 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例: 请求权基础理论体系》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 165~167 页。

合(Anspruchshäufung),即在一个案件事实中,根据不同规范可以得出针对不同的给付并且可以并存的实体请求权,比如侵权案件中并存的财产损害和精神损害赔偿,或者所有物返还请求权和用益返还请求权。此时当然构成两个不同的诉讼标的。其次是选择竞合,此时不同救济之间只能择一存在,比如履行和违约金的竞合(§ 340 BGB,《合同法》第114条第1款)或者修理和更换的竞合(§ 439 I BGB,《合同法》第111条第2句)。^[72] 再次是规范排斥的竞合(Normverdrängende Konkurrenz)/法条竞合,优先规则可能基于特别法的规定,比如在整体否定的前提下(§ 253 I BGB)额外承认了个别情况下的精神损害赔偿(§ 253 II BGB),也可能与特别法无关,比如公务员违反职务义务的责任(§ 839 BGB)与其他侵权行为构成要件的关系。除了下文详述的请求权规范竞合之外,最后在某些情况下对于构成(真正的)请求权竞合则不存在争议。此时虽然仅存在同一给付/履行共同体(Erfüllungsgemeinschaft/Erfüllungskonnexität),但是却由于请求权规范的不同功能,应当承认存在不同的独立实体请求权。比如所有物返还请求权(§ 985 BGB)和债法上的返还请求权或者占有物返还请求权(§ 812 BGB),还有债务约定、票据和作为基础行为的债务关系。

由于乔治亚迪斯就诉讼标的识别的主张与实体法请求权竞合学说直接挂钩,其更大的争议在实体法领域。引起广泛争议的是位于规范排斥的竞合和(真正的)请求权竞合之间的请求权规范竞合,即认为在涉及诸如医疗责任、交通事故等只存在一个给付/履行共同体的案件中只存在一个实体请求权,不同的法律构成要件只能作为请求权基础存在。与此相反,通说则认为此时应当构成多个实体请求权。但是无论采取何种学说,认定几个实体请求权,都不影响在程序法层面、法院审查同一生活事实涉及的多个实体请求权的职权(当代意义的“法官知法”)。^[73] 同时在涉及债权让与(§ 398 BGB)的问题时,通说虽然认为此时可以就比如合同请求权单独让与并在新旧债权人之间构成连带之债(§ 428 BGB),但是同样要求此时照顾到被告可能遭遇的双重被诉的不利状态,必须征得被告的同意。^[74] 而此时从请求权规范竞合说的角度看,基于类似理由,这种部分让与从理论上即不可能。^[75]

从结论上看,由于大陆法系实体法中的请求权概念早已定型,导致规范竞合说面临一些实体法体系上的挑战,比如无法说明不同法律观点为何对应不同的诉讼时效和证明责任规则,以及解

[72] Larenz/Wolf/Neuner, a. a. O., § 21 Rn. 3; Medicus/Lorenz, a. a. O., Rn. 201 ff. 值得注意的是,选择竞合不同于所谓的代替权。选择之债中的给付在选择前处于不确定的状态,而代替权则自始确定,但权利人有权事后选择另一给付。Staudinger/Bittner, BGB, 2014, § 262 Rn. 7, 12; Larenz, a. a. O. (1987), S. 156 ff. 国内认为此时只存在一个诉及诉讼标的的不同观点,参见张永泉:《民事之诉合并研究》,北京大学出版社2009年版,第21页;李仕春:《诉之合并制度的反思及其启示》,载《法商研究》2005年第1期,第86页。

[73] Larenz/Wolf/Neuner, a. a. O., § 21 Rn. 8; Medicus/Lorenz, a. a. O., Rn. 397 ff.; Looschelders, Schuldrecht AT, 13. Aufl., 2015, Rn. 23; Larenz/Canaris, a. a. O., § 83 VI (S. 596 ff.); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 18 Rn. 26 ff.; MüKoBGB/Bachmann, a. a. O., § 241 Rn. 40; Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby, BGB, 2014, § 195 Rn. 33; Arens, a. a. O., 400. 此外,“法官知法”原则的含义并非一成不变,而要求法官对法律的适用要在当事人通过行使处分权确定的审判对象范围内。

[74] BGHZ 140, 175 = NJW 1999, 715, 716; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., 2016, § 398 Rn. 10; MüKoBGB/Roth/Kieninger, a. a. O., § 398 Rn. 59 f., 87 f.; Staudinger/Jan Busche, BGB, 2012, § 398 Rn. 52; Arens, a. a. O., 406 ff. 对早期观点的介绍,亦见陈荣宗:《请求权竞合论》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑(下)》,五南图书出版公司1984年版,第433~434页。

[75] MüKoBGB/Roth/Kieninger, a. a. O., § 398 Rn. 88; Georgiades, a. a. O., S. 91 f., 179 f.; Henckel, a. a. O. (1961), S. 266 f.

释抵销时对债务种类的限制。换个角度看,请求权竞合说和请求权规范竞合说都处于由自由竞合说^[76]和法条竞合说分居两段的刻度尺之中,与其在理论、特别是概念上过多执着,不如针对具体问题寻找最妥当的解决方案。^[77]虽然新实体法说试图借鉴诉讼法说的思路重构实体法请求权体系,但是这种尝试在推翻现有立法及相应的实体法学说之前,都没有成功的可能性。^[78]相应地,这一争议的结果也不影响诉讼程序上诉讼标的的识别。^[79]对比来看,在当前诉讼法二分支说的通说下,同一诉讼标的也可以包含对应不同诉讼时效的实体请求权,只不过通说原则上不就实体请求权的数量争议(例外是对应法条竞合及特别规则时),而是坚持诉讼标的即诉讼法上请求权(权利要求/权利主张)。^[80]

在乔治亚迪斯看来,作为程序请求权的诉讼标的同样不同于实体请求权,不仅诉讼标的涉及的是主张的权利,而且案件事实在其中发挥的作用也不同。^[81]识别诉讼标的的标准是权利主体和请求权的内容,即使请求权基础不同,只要不同诉讼中的两者均相同,诉讼标的也唯一。事实因素只能协助确定给付的内容,本身并非识别标准。这样只有存在多个给付或者基于法律特别规定(含目的解释)时,才可能成立真正的请求权竞合/聚合。^[82]比如,在交通事故受害人对加害人享有的基于合同、一般侵权和特殊侵权的请求权,出租人对租赁物同时享有的基于合同、不当得利和无因管理的请求权,买受人对出卖人享有的基于合同和侵权请求权以及出租人在出租物损毁时基于合同和所有权享有的请求权的情形中,实际上都只成立一个实体请求权。^[83]如前所述,他对之前的学说也展开了有力的批评,并试图具体分析实体法中不同的具体情况。但是由于这些新见解并不影响诉讼标的的识别,囿于主题本文不再深入介绍。

五、基于对德国学说梳理的初步比较与思考

无论是主要针对请求权竞合的旧实体法说还是新实体法说,在理论上都产生了很大影响并且成为后续学术研究的基石,但是在很大程度上并没有得到实务界的接受。以伦特为代表的改良旧实体法说虽然避免了原有旧实体法说在请求权竞合时面临的双重给付的批评,但是由于对当事人

[76] 支持在合同和侵权请求权竞合中采取自由竞合说的分析,参见: *Gsell*, *Substanzverletzung und Herstellung*, 2003, S. 319 ff.

[77] *Klein*, *Konkurrenz und Auslegung*, 1997, S. 44 ff.; *Baumann*, *Grundlinien eines „beweglichen Systems“ der Sachmängelhaftung beim Kauf*, AcP 187 (1987), 511, 538 ff.

[78] *Stein/Jonas/Roth*, a. a. O., vor § 253 Rn. 9, 40; *Habscheid*, *Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in FS Karl Heinz Schwab, 1990, 181, 193 f.; *Rosenberg/Schwab*, *Zivilprozessrecht*, 14. Aufl., 1986, § 96 III 4 (S. 568 f.); *Schlechtriem*, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, 1972, S. 57 ff.; *Arens*, a. a. O., 392 ff.; 类似批评,参见段厚省:《请求权竞合研究》,载《法商研究》2005年第2期,第154~155页。

[79] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O., § § 92 Rn. 16 f., 97 Rn. 3; *MüKoBGB/Bachmann*, a. a. O., § 241 Rn. 40.

[80] BGHZ 198, 294=NJW 2014, 314, 316, Tz. 24 f.; BGHZ 116, 297=NJW 1992, 1679 (但是由于实体法修改,这里不同请求权的诉讼时效已经统一: BGH NJW-RR 2008, 1359, 1361, Tz. 17; *MüKoHGB/Eckardt*, 3. Aufl., 2014, § 439 Rn. 3; *Canaris*, *Handelsrecht*, 24. Aufl., 2006, § 31 Rn. 43).

[81] *Georgiades*, a. a. O., S. 241 f.

[82] *Georgiades*, a. a. O., S. 157 ff., 246.

[83] *Georgiades*, a. a. O., S. 243. 比如在合同和侵权请求权竞合的情况下,此时在实体法上应当定性为合同及侵权请求权。 *Georgiades*, a. a. O., S. 172.

意思和既判力规则两种例外的承认,导致与自己主张的统一诉讼标的理论自相矛盾。持新实体法说的学者虽然试图通过各种努力改变对实体请求权的认识,并且就此达到实体法规则解释与诉讼结果融洽的客观效果,但是其基本思路难以从实体法规则中推出。更不用说,这些尝试最多也只能达到与作为通说的诉讼法说相同的效果(殊途同归也好、“照猫画虎”也罢),更降低了实务就此另辟蹊径的必要性。至少对于德国人来说,既然就诉讼法二分支说已经形成了稳定的实务传统,如果没有特别的理由,似乎没有必要改弦更张。在诉讼结果形成共识之后,德国诉讼标的学说的争议很多都是形而上的,学者争吵的多是何家学说更纯粹、自洽,甚至更具有系统美感(但当然并不限于此)。不过从另一方面看,德国通说本身也吸收了很多上述学说中的有益养分,无论是对具体案件类型的分析思路,还是将实体法例外地作为识别生活事实的标准。这当然也间接体现了上述理论演变的价值与意义。

对于我们来说,情况则有所不同。从整体上诉讼标的的识别来看,新实体法说的主张实际上在我国民法学说上被较为充分地认同(从请求权基础理论经由台湾学说的引介在各主流法学院的流行即可见一斑,虽然其与请求权基础竞合学说或者其在诉讼标的的识别问题上的体现并不能简单地等量齐观),未尝不能直接借鉴前述亨克尔和乔治亚迪斯对请求权体系的解构与重构。如果退一步回到旧实体法说的原初状态,也可以考虑参考伦特借鉴诉讼法说设想的、旧实体法说框架下的理论结果,或者追溯到更早期、经典的旧实体法说体系。相反诉讼法二分支说由于始终未能在实践中得到广泛贯彻,特别是在缺乏中国程序法体系化理论解读和对实务情况定量研究的前提下,暂时笔者尚无法证成诉讼法说在我国具有赖以生存的制度土壤。不得不说,在究竟以(旧/新)实体法说还是(不同分支数量的)诉讼法说作为识别审判对象基础标准的问题上,如本文意义上的对实体法学说的考察仅是必由之路的一部分。而在另一方向上,继续准确介绍既有学术史中的系统思路和观点交锋,尤其是深挖诉讼法说的具体内容与预设条件,同样无可或缺。在理论的单纯系统化美感之外,澄清过于抽象的生活事实在诉讼标的的识别中的作用,进一步反观我国各方面的基础状况(以及思索更有学术和现实贡献的改良可能),可能是学界和至少笔者不能回避的准备性工作。此外,对于诉讼标的的相对论的进一步观察和评价,也需要将对上述更为基础问题的探讨作为前提储备。

仅就目前而言,在设想诉讼标的的理论进路并解决请求权竞合问题时,更有必要的是从本国既有传统出发,挑战者不得不(略有无奈地)承担更多的说服责任。至于我国实践中法官更倾向于从法律关系入手还是说其实“将案件事实、诉讼请求和诉讼理由作为判断的根据就是一种诉讼法的思维,与新诉讼标的的理论近似”,^[84]则不是本文的重点。能够对德国思想市场中与诉讼法通说同时接受考验的实体法学说作简明介绍,提示德国法中实体法发展与诉讼标的的识别的可能关联方式,就是本文的主要目标。与此相似,此外德国还有哪些学者发表了以实体法为核心依据的理论主张,^[85]如何进而借鉴德国诉讼标的的实体法说的理论成果,补强我国的诉讼标的理论并尽可能与实务界现实规则相互呼应和衔接,都不是这篇小文能够覆盖的。

(责任编辑:赵秀举)

[84] 参见前注[4],张卫平文,第56页。

[85] 比如:Stamm, Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen, ZJP 129 (2016), 25, 28 ff.; Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 393, 397 ff.; Rimmelpacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 103 ff., 202 ff.