

# 困境与突破:德国诉讼标的理论重述

卢佩

(对外经济贸易大学法学院 北京 100029)

摘要:德国民事诉讼标的理论历经上百年的更替,从“实体法说”到“诉讼法说”,再从诉讼法说中的“二分肢说”和“一分肢说”,始终绕不开“法律效果”与“权利诉求”两个因素,两者共同构成界定“诉讼标的”内涵的两个坐标。其中,“法律效果”以实体法上的权利或法律关系为基础,以纠纷的实质解决为导向,是原告通过诉讼程序期望达到的实体法上的法律效果;“权利诉求”则立足于程序法,是原告为实现实体法上法律效果而采取的诉讼手段。由于“诉讼标的”内含的模糊性造成识别困难,德国理论界试图寻找一个能够适用于诉讼系属、诉的合并、诉的变更、既判力等各程序领域的“诉讼标的”统一概念,但始终难言成功。于是,相对诉讼标的理论悄然兴起。该理论的贡献不在于建构,而在于突破,即打破固有的“诉讼标的”概念的一体化思维模式,使其在不同诉讼语境和程序场景中呈现流动化态势,以适应不同的政策考量与解释操作需要。

关键词:诉讼标的;实体法说;诉讼法说;相对诉讼标的理论

中图分类号:D924.36 文献标志码:A 文章编号:1009-8003(2017)06-0073-09

随着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》)的实施,“诉讼标的”再次成为我国民事诉讼法学理论研究的热点问题。众所周知,这一概念为德国民事诉讼法学者所创,辗转传入我国后,逐渐渗透到民事司法实践并构成我国民事诉讼制度的基石性概念之一。为了更好地理解、适用与之相关的条款(如《民诉法解释》第247条),回归本源,梳理德国关于诉讼标的理论的学术史,特别是结合德国民事司法实务探讨不同理论的应用价值及其差异,就显得极有意义和必要。鉴于此,本文先从学说史的角度简要阐述德国诉讼标的理论的变迁,然后结合具体案例,针对不同诉讼标的的识别标准的实际应用及其局限性展开讨论。最后,本文还将关注新近“相对诉讼标的理论”对德国理论通说的影响,并在德国理论-实务的语境下对该学说作出评价。

## 一、“诉讼标的”概念内涵的发展演变

自1877年《德国民事诉讼法典》颁布至今,“诉讼标的”理论几经更迭,可谓“你方唱罢我登场”,一度热闹非常。但透过纷繁的表象归纳其本质,无非是一部“诉讼法逐渐挣脱实体法控制,实现自身理论自治”的抗争史。最初,民事诉讼法典的起草者并未在法律条文中对“诉讼标的”(Streitgegenstand)这一新术语的内涵和外延进行界定,因为此举在当时并无必要。彼时,诉讼标的作为诉讼法上的请求权,其内涵仅仅被视为是原告向法院主张实现他对被告所享有的实体法权利,故理应与“实体法上的请求权”

收稿日期:2017-09-12

基金项目:本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“多数人侵权纠纷共同诉讼类型研究”(17YJC820034)和司法部中青年项目“新范式下的民事诉讼标的理论研究”(16SFB3026)的阶段性成果。

作者简介:卢佩(1986-),女,江西上高人,法学博士,对外经济贸易大学法学院讲师,主要研究方向:民事诉讼法学、证据法学、司法制度。在此对在论文资料收集过程中对笔者提供诸多帮助的金印、曹志勋以及在论文后期修改中提出诸多有益建议的史明洲、陈杭平致以诚挚的谢意。本文曾作为会议论文,提交至对外经济贸易大学法学院工作坊和河南大学法学院主办的第五届“民事诉讼法学青年论坛”讨论,感谢与会各位同仁提出的修改建议,但文中观点无疑由作者自负其责。

共用一套概念体系。<sup>①</sup>但随着诉讼法理论的发展,这种程序/实体概念一体化的研究思路可能面临的逻辑悖论逐渐显现。其一,如果原告因不享有实体请求权而败诉,则无法解释他享有的诉讼请求权。其二,以“实体请求权”来定义诉讼标的,无法涵盖诉讼中所有的权利保护类型。例如在形成之诉和确认之诉(尤其是消极确认之诉)中,原告并不享有实体请求权,而仅具有某种客观性权利或存在某种法律关系。其三,无法解决数个实体请求权发生竞合时诉讼标的的确定问题。在上述悖论背景下,剥离“诉讼标的”中的实体法涵义,发展出“独立的诉讼上的请求权”逐渐就成了必然。

### (一) 代表学说

Nikisch 在其专著《民事诉讼中的诉讼标的》<sup>②</sup>中对“诉讼标的”进行了如下界定:诉讼标的是一种权利主张(Rechtsbehauptung),即原告请求获得一个具有既判力效力的判决的主张。<sup>③</sup>为便于法官对原告主张是否成立进行有效的审查,原告需确保自己提出的权利主张达到个别化、具体化的要求(Individualisierung)。若达不到此要求,法官应当结合“案件事实”判定诉讼标的。由此可见,“案件事实”这一要素是否构成“诉讼标的”的固定内容,取决于原告的权利主张本身能否达到个别化、具体化的要求。<sup>④</sup>

Habscheid 在其专著《民事诉讼程序和非诉事件程序中的诉讼标的》<sup>⑤</sup>中,以 Nikisch 诉讼标的理论为基础,并进一步融入了程序要素。Habscheid 认为,诉讼标的是原告的权利主张,这种权利主张的具体内容是,要求(法官)在原告选取的程序中,依据一定的案件事实,作出以原告请求的法律效果为内容的胜诉判决。<sup>⑥</sup>在这个概念界定中,诉讼标的包含三个要素:原告的权利主张、原告为实现该权利主张所选取的程序以及权利主张依据的案件事实。

Schwab 在其专著《民事诉讼中的诉讼标的》<sup>⑦</sup>中,进一步加强了“诉讼标的”概念中的程序法要素。Schwab 认为,诉讼标的是一种标示在诉讼请求中的、要求获得法院裁决的请求。<sup>⑧</sup>由于诉讼标的是纯粹的诉讼法概念,实体法视角的解读仅具有法律观点意义上的参考作用,并不构成法律争议的对象。诉讼标的的个数,仅取决于原告提出请求(Anträge)的数量以及通过这些请求要求获得法院裁决的数量。作为原告请求依据所陈述的案件事实,仅具有辅助解释的功能,服务于原告请求内容的确定。这种辅助功能,在涉及金钱等种类物的给付之诉中,尤为必要。<sup>⑨</sup>

### (二) 评价

由于 Nikisch 在判断原告权利主张是否满足个别化、具体化要求的问题上,主要还是以实体请求权为基础,因此实体法因素仍然是 Nikisch 诉讼标的理论的基石。但同时他对诉讼标的的界定转向“权利主张”,已经迈出了从实体法说向诉讼法说转变的第一步。与 Nikisch 理论相比,Habscheid 除了将“案件事实”作为诉讼标的的固定构成部分外,还将权利主张的实现方式也纳入诉讼标的的范畴之中。也就是说,诉讼标的的概念既包括原告主张的实体法律效果,也包括原告为达到该效果所采用的诉讼形式。如此看来,在 Habscheid 诉讼标的理论中,程序法要素已经实现和实体法要素的分庭抗衡,两者共同形成二元平衡状态。与前面两种理论相对,Schwab 对诉讼标的的理解,无论是在实体法律内容的抽象解读与定义层面,还是在法院的程序诉求层面,这一理论构成都已经脱离实体法请求权的体系,彻底进入程序法的视觉领域。如此看来,Schwab 诉讼标的理论可称之为是最纯粹的诉讼法说。

还需提醒注意的一点是,尽管诉讼标的理论总体上呈现出“诉讼法说取代实体法说”的趋势,但绝

<sup>①</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 7.

<sup>②</sup>Nikisch, Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935.

<sup>③</sup>Streitgegenstand ist die Rechtsbehauptung, über die der Kläger eine der Rechtskraft fähige Entscheidung begehrt. “Siehe in: Nikisch, Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935, S. 19.

<sup>④</sup>Nikisch, Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935, S. 30.

<sup>⑤</sup>Habscheid, Walther J., Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.

<sup>⑥</sup>Streitgegenstand im Zivilprozess ist die Rechtsbehauptung des Klägers, ihm sei in dem eingeschlagenen Verfahren die begehrte Rechtsfolge auf Grund eines bestimmten Lebenssachverhalts zuzusprechen. “Siehe in: Habscheid, a. a. O., S. 221.

<sup>⑦</sup>Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München und Berlin 1954.

<sup>⑧</sup>Streitgegenstand ist das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung. “Siehe: Schwab, a. a. O., S. 199.

<sup>⑨</sup>Schwab, a. a. O., S. 87.

不意味着“以实体法律规范为诉讼标的区分导向”的尝试被学界彻底放弃。“新实体法说”就是在这种背景中产生。新实体法说在请求权竞合问题上进行了诸多努力,例如区分法条竞合和请求权竞合、修正“实体请求权”的概念。具体来说,若某一个生活事实满足多个请求权规范的构成要件,只要法律后果同一,仍可将其视为一个实体请求权,因此只存在一个诉讼标的。然而,修正“实体请求权”概念内涵的逻辑进路,虽然可以将数个实体法请求权“视为同一个实体请求权”,但仍然无法解决不同实体法请求权在证明责任分配规则、诉讼时效等问题上对不同诉讼效果的整合问题。进一步讲,强行将“修正后的实体法上请求权”纳入到一个统一的、程序法的“诉讼标的”概念框架之下,还可能引发另一质疑,即经过这种削足适履式改造后的诉讼请求权,很难再被称为实体法请求权。从影响力看,新实体法说远没有达到与诉讼法说相抗衡的地位,新实体法说的学术贡献,毋宁说提供了一种新的思维进路。

## 二、实务运行图景:“诉讼标的”识别标准的统一

对诉讼标的之概念的阐述的最终落脚点仍然需要回归司法实务,分析法官在具体案件中如何识别诉讼标的。本部分中笔者将选取若干具有代表性的判例,以诉讼标的理论在诉的变更、诉的合并制度上的运行情况为例,探讨法官如何运用“诉讼标的”这一诉讼程序的最小计量单位,对日常纠纷进行分解加工、重新定义,以及法官在将该纠纷纳入诉讼程序框架之后,又是如何运用各类技术性处理最终达到解决纠纷的目的。<sup>①</sup>

### (一) 诉的变更

案例1(RGZ 63 268,1906年5月2日判决):原告援引《德国民法典》第123条(因欺诈或者胁迫而可撤销)中的“欺诈”条款,请求法院撤销原被告之间签订的土地买卖合同。一审法院以已超过《德国民法典》第124条(撤销期间)所规定的一年撤销期间为由,驳回了原告的诉讼请求。原告对此表示不服提起上诉。在二审中,原告又援引《德国民法典》第826条(以违背善良风俗的方式故意造成的损害)和第249条(损害赔偿的方式和范围)作为新的合同撤销理由。被告提出,原告作出的此项变更不合法,这一观点也得到了二审法院的支持。原告在二审败诉后,继续向帝国法院提起上告。帝国法院经审理后认为,尽管在二审法院的裁判理由中,“原告诉的变更不合法”的判断属于法律错误,但这一法律错误并不影响“原告上诉理由不成立”的判断。原告上告请求被驳回。

诉的变更主要取决于事实上的请求原因(tatsächlicher Klagegrund)和诉讼请求(Klagantrag)。对案件事实所进行的法律判断,不构成《德国民事诉讼法典》第253条第2款第2项中“请求原因”。在本案中,原告在一审和二审中所提交的事实材料相同,至于原告主张的法律效果是基于《德国民法典》第123条、第124条,还是基于该法第826条,并无实质影响。因此,并不存在任何“诉的变更”,也无所谓“是否构成不合法的诉的变更”的判断。尽管二审法院的裁判理由存在法律适用错误,但裁判结果本身仍属正确,因此应当驳回原告的上告请求(《德国民事诉讼法典》原第563条、现第561条)。

### (二) 诉的合并

案例2(RGZ 149 202,1935年11月12日判决):原告向法院起诉,请求法院判定被告向原告支付12000马克工资收入。原告置于第一顺位的请求原因是,原被告之间雇佣合同的期限理应从1933年7月1日延长至1934年6月30日,诉讼请求即为获得该期限内的工资收入;作为补充请求原因,原告主张,被告在1932年7月1日至1933年6月30日期间并未支付工资,诉讼请求也可以基于被告本应补付该期间工资而获得支持。原告诉讼请求被一审法院驳回,理由在于,原告自1933年6月20日起即已无限期离职,因此无权要求被告支付1933年6月30日以后的工资收入。二审法院虽然认定原告系合法离职,但由于原告事先已发出有效解约声明,雇佣合同解除,故无权要求1933年7月1日至1934年6月30日期间的工资收入。尽管如此,原告依然有权要求被告补付1932年7月1日至1933年6月30日期间的工资收入,遂判定被告向原告支付12000马克。上告法院对二审法院判决予以维持。

在本案中,原被告之间并存在着两个请求权,即1932年至1933年间的12000马克工资收入请求权

<sup>①</sup>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72页。

和1933年至1934年间的12000马克工资收入请求权。这两个请求权源于不同生活事实,彼此独立。从数额上来看,原告在本案中提出的12000马克工资请求属于部分请求。但原告在起诉状中并没有明确指明,他对被告提出的这12000马克的诉求到底是两个请求权中的哪一个,而只是将原被告之间所涉全部生活事实罗列出来,以请求的主要原因和次要原因加以区分。上告法院(帝国法院)认为,原告并未向一审法院提出两个请求,而只是提出一个具有不同原因支持的请求,因此不构成诉的合并。<sup>①</sup>

案例3(BGHZ 9 28,1953年2月9日判决):原告援引《德国民法典》第985条(所有权人的返还请求权)规定,主张某电影院的前手权利人与被告签订的使用合同无效,请求法院判定被告将该电影院返还给原告。作为补充,原告还援引《德国承租人保护法》(MSchG)第2条和第4条的规定,请求法院解除原被告之间签订的电影院租赁合同,同时判定被告腾空并返还电影院。在一审程序中,被告提起反诉,请求法院确认该租赁合同有效至1955年12月31日,不可被宣告废止。本诉和反诉的诉讼请求都被一审法院(州法院)驳回。原被告对此表示不服,提起上诉。西柏林上诉法院(KG Berlin - West)判决即时解除原被告之间的租赁合同,被告腾空并将电影院返还给原告。被告不服于1952年8月4日上告至联邦最高法院。

联邦最高法院认为,原告基于对电影院享有的所有权,而提出要求被告返还电影院的请求,和作为补充而提出的解除租赁合同、腾空和返还电影院请求,并不构成“诉的合并”,而只是建立在两个不同原因上的同一个诉讼请求。这里联邦最高法院采纳的是罗森贝格在他的第五版教科书中设定的诉讼标的识别标准,即诉讼标的应根据请求的法律保护目标来加以确定。在本案中,原告的诉讼请求从形式上看表现为两个请求,但这两个请求实质追求的是同一个目标:返还电影院。因此,无论是原告有两个独立的实体法请求权作为诉讼理由,还是支撑两个实体法请求权的两个独立的案件事实,都需要首先获得同一个形成判决,即法院判令废止原、被告之间的租赁合同关系,之后再要求返还电影院。无论何种情形,诉讼标的都不受影响。

### (三) 小结

通过以上三个判例,大致可以勾画出诉讼标的理论在德国民事司法实务运行的大致轮廓如下:

在帝国法院时期,诉讼标的的实体请求权说仅在帝国法院的早期判决中产生重要影响。<sup>②</sup> 随着时间的推移,诉讼法说逐渐被司法判例接受,并占据主导地位,案例1和2即为例证。仍需注意,诉讼标的的识别标准取决于二分肢说中的“请求和事实原因”还是一分肢说中的“请求”,司法判例并未形成定论。有学者观察<sup>③</sup>,帝国法院的判决在诉讼系属、诉的变更和既判力领域主要采纳的是二分肢说(如案例1),而在诉的合并领域更倾向于采纳一分肢说(如案例2)。在案例2中,原被告之间于1932年至1933年期间的雇佣关系,以及1933年至1934年间的雇佣关系,虽然分属不同的生活事实范畴,但都只是用于支撑原告唯一请求(支付12000马克工资收入)的原因事实,因此不构成诉的合并。由此可以反推出帝国法院的观点,即只有“请求”对诉的合并具有决定性意义,而“案件生活事实”的不同对是否存在诉的合并的判断并不产生影响。

在联邦最高法院<sup>④</sup>时期,联邦最高法院的早期判决仍然延续帝国法院时期的判例传统,诉讼法说已占据通说地位,但案件生活事实是否与诉讼请求一样,成为构成诉讼标的内容的固定要素,联邦最高法院依然处于摇摆状态,<sup>⑤</sup>在案例3中持有的是否定态度。在案例3中法院明确指出,对诉讼标的内容起决定性意义的是原告的请求,而作为其请求原因的案件生活事实对诉讼标的不产生影响。经过早期短

<sup>①</sup>Schwab 对于类似情况持有不同观点,认为其应属于预备性诉的合并,因为本质上原告是将不同的请求(尽管在数额上完全相同)置于一段具有先后顺位的关系之中,而不是以不同案件事实为理由的一个请求。参见 Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Nördlingen 1954, S. 65.

<sup>②</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 10.

<sup>③</sup>Mühl, Die Bedeutung des Sachverhalts für den Begriff des Streitgegenstandes bei Leistungsklagen in der Rechtsprechung, NJW 1954, 1666.

<sup>④</sup>“德国联邦最高法院”(Bundesgerichtshof)于1950年10月1日成立于卡尔斯鲁厄(Karlsruhe),前身为位于莱比锡(Leipzig)的“帝国法院”(Reichsgericht, 1879-1945)和“帝国皇家法院”(Reichskammergericht, 1495-1806)。

<sup>⑤</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 11.

暂的摇摆之后,诉讼标的的二分肢说已在司法判例中形成通说<sup>①</sup>。这一景象与学界中“一分肢说与二分肢说两分天下”的局面形成鲜明对比。

### 三、“诉讼标的”的内容构成及其内在困境

#### (一)“诉讼标的”内容之二元构成

从实体法说到诉讼法说,再从诉讼法说中的二分肢说到一分肢说,我们能否在各派理论数十年的更迭之中寻找到某些共性,从而归纳出诉讼标的的概念内涵?从 Nikisch 的“实体法律内容”(或+“案件事实”) + “权利主张”,到 Habscheid 的“实体法律内容” + “案件事实” + “权利主张” + “权利保护形式”<sup>②</sup>,最后到 Schwab 的“实体法律内容” + “权利请求”,在这一系列凝练成符号的理论阐述中,笔者发现,无论内容形式如何变换,始终绕不开两个因素——“法律效果”与“权利诉求”。

“法律效果”以实体法上的权利或法律关系为基础,以纠纷的实质解决为导向,是原告在诉讼程序中所期望达到的实体法上的法律效果。需要强调的是,这里的“法律效果”,是脱离具体实体法律关系内容的、抽象意义上的法律效果。<sup>③</sup>比如原告基于一定的案件事实,请求法院判定被告向原告支付 10 万元,这里的“法律效果”仅指“被告向原告支付 10 万元”,至于被告是基于买卖合同关系,还是基于借贷关系向原告支付 10 万元,在所不问。为了将法律效果的内容固定下来,原告还需要向法院阐述清楚,他所想要达成的法律效果的具体形态和原因。因此在“法律效果”因素中可以再度细分出两个构成元素:实体法律效果的具体内容(也就是“实体法律内容”)以及该法律效果所依据的原因(也就是“案件生活事实”)。

“权利诉求”立足于程序法,是原告为实现实体法上法律效果而采取的诉讼手段。根据这种诉讼手段针对对象的不同,“权利诉求”同样可以再度细分出两个构成元素:权利主张(Rechtsbehauptung)和权利请求(Rechtsbegehren)。前者涉及的是原告向被告主张一定的实体权利,反映的是原被告之间的权利义务关系;而后者涉及的是原告向法院提出一定的请求,通过法院向被告主张一定的实体权利,反映的是原告与法院之间的关系。原告发出“权利主张”的对象为被告,只要被告最终满足原告所期望实现的法律效果即可。至于这个结果在程序上采取何种方式(给付之诉、确认之诉还是变更之诉)加以实现,并不重要。程序方式只是手段,而不是目的本身。所以在“权利主张”的范畴下,“权利保护的形式”并不构成诉讼标的的内容。但原告发出“权利请求”的对象为法院,通过法院来实现原告的实体法律效果,原告向法院提出请求的诉讼形式,将直接决定法律效果的实现路径。所以在“权利请求”的范畴下,“权利保护的形式”构成诉讼标的的内容。

作为诉讼的客体或对象,“诉讼标的”体现的到底是作为程序开启者的原告与作为纠纷中立裁决者的法院之间,确定审理对象范围的一种定义单位,还是作为权利主张方的原告与作为权利被主张方的被告之间,借助于法院的中立裁决厘定实体上的权利或法律关系范围的一种定义单位?对于这个问题,应从形式和实质两个层面进行如下分析:

其一,诉讼标的属于纯粹的诉讼法概念,因此对诉讼标的的理解,必须嵌入“诉讼”这一背景格局中。在“权利主张说”下,原告始终直面被告,与被告发生实体权利义务关系上的争议,法院在局外对此争议进行居中裁判;在“权利请求说”下,原告请求法院满足他的诉求,当法院经过审理认定原告诉求成立,再通过法院要求被告实现原告的诉求。无论是哪一种观点,都无法否认,原告首先是向法院提出其诉求,法院是形成与确定诉讼标的的主要场所。因此即便原告诉求的实体争议相同,但因原告向法院提

<sup>①</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 11.

<sup>②</sup>由于 Habscheid 同样持有“权利主张说”,导致权利保护的形式无法纳入“主张”的范畴,为解决 Nikisch 在诉讼系属问题上所面临的同样困境,将包含权利保护形式内涵的“程序上的权利主张”作为诉讼标的的内容的第三个要素成为必然的选择。由此可见 Habscheid 的“程序上的权利主张”因素实质上发挥重要意义的仅是“权利保护形式”,因此笔者在此处仅将“权利保护形式”纳入 Habscheid 诉讼标的的内容构成。参见:Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 23.

<sup>③</sup>Habscheid, Walther J., Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956, S. 142; Nikisch, Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935, S. 24.

出诉求方式上的差异,导致法院的审查方式和内容都不相同,诉讼标的自然也就不同。比如原告基于一定的案件事实,主张他对被告享有10万债权,这一主张的实现方式,可以是原告向法院请求确认10万债权成立,也可以是原告向法院请求被告返还这10万债务。不同主张实现方式下法院的审查对象各不相同。如果因前后诉中原被告之间诉争的内容相同,而排除原告提起后诉,将会导致不公平现象的产生。因此,无论将“诉讼标的”界定为是一种“权利主张”还是“权利请求”,<sup>①</sup>原告诉争的权利保护形式都不应被排除于诉讼标的的内容之外。

其二,自诉讼标的的程序法说逐渐取代实体法说后,应以原告的诉讼请求为出发点来判断诉讼标的,已形成共识。但从实质内容来看,“诉讼标的”仍然包含三方关系:原告、被告与法院,法院的审理与裁判是原告实现他的诉求的手段与媒介,被告的确认与履行是原告的最终目标,两者相互依存,任何强调其中一方而忽略另一方的观点都有失偏颇。

综上所述,“法律效果”和“权利诉求”构成“诉讼标的”内容的两个坐标。由此诉讼标的应做如下定义:是原告依据一定的权利保护形式向法院提出的,请求法院解决原被告之间实体权利义务关系争议的诉求。“法律效果”是原告诉讼请求的实体内核,而“权利诉求”是实体内核得以实现的程序路径。越强调“法律效果”这一因素,则诉讼标的理论的建构越倾向于实体法说,反之越重视“权利诉求”这一因素,则诉讼标的理论的建构越倾向于诉讼法说。<sup>②</sup>

## (二) 困境

随着“诉讼法说”取代“实体法说”,“权利诉求”这一因素构成“诉讼标的”的固定内容已无争议。而在“法律效果”这一层面,“案件事实”是作为诉讼标的的等值构成要件,还是仅作为解释诉讼标的的辅助要件,仍未达成共识。

当“案件事实”的定义范围无限缩小至与该案相关联生活事实链条中的某一环节或某一元素时,一分肢说与二分肢说将产生不同的诉讼路径;但是,当“案件事实”的定义范围无限扩张至与该案相关联生活事实的整个链条时,则无论采取何种学说作为判定标准,两者的诉讼路径将完全一致。<sup>③</sup>

以原告向法院提出的,要求解除原被告婚姻关系的诉讼为例进行分析。在此类诉讼中,按照二分肢说,诉讼标的由请求离婚的请求和不同离婚理由所展示的案件事实两部分构成。而《德国民法典》第1565条第1款第1句将“婚姻破裂”视为唯一的离婚事由。换句话说,在离婚诉讼中,尽管不同的离婚理由在形式上表现为不同的案件事实,但由于“案件事实”的单位界定已经无限扩张至统一的“婚姻破裂”,所有的离婚理由都纳入“婚姻破裂”这唯一的生活事实圈中,因此案件事实同一,诉讼标的相应也为同一,<sup>④</sup>这与一分肢理论中不将“案件事实”列入诉讼标的的内容来考量所形成的实际结果并无二致。

除了“诉讼标的”内容本身所具有的模糊性特点所带来的识别困境,目前诉讼标的的理论构建都存在一个理论假设,即在民事诉讼法典所有与诉讼标的有关的法律条文中,必须存在一个共通的诉讼标的的概念界定。由此民事诉讼法学者们前赴后继地试图建立一个与制定法相匹配的、适用于一切诉讼形态、以及涵盖整个诉讼框架(涵盖诉讼系属、诉之合并、诉之变更、既判力)的统一的诉讼标的的概念内涵和识别标准,<sup>⑤</sup>但迄今为止,学者们的这一努力从未成功过。人们开始反思,是否这一理论假设本身就是不成立的。在此背景下相对诉讼标的理论(Relativität des Streitgegenstandes)引起越来越多学者的关注。

①事实上,联邦最高法院在这一问题上采取的也是模糊处理的方式。如在1982年11月18日作出的一份判决中,联邦最高法院认为,争诉案件的对象(即诉讼标的)是一种可理解为“权利保护请求”或“法律后果主张”的独立的诉讼上的请求权(Gegenstand des Rechtsstreits ist der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch)。Siehe: NJW 1983, 388.

②参见陈玮佑《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》,载《政法法律评论》第127期(2012)。

③Pritting, Hans, Vom deutschen zum europäischen Streitgegenstand, FS für Beys 2003, S. 1281.

④Roth, Herbert, Der Streitgegenstand der Ehescheidung und der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung, FS Dieter Schwab 2005, S. 704.

⑤诉讼法学者的这种努力可以说与德国法学学术的研究传统也是一脉相承。从一系列相关联的法律条文中分离出若干要素,并将此等要素一般化,并借着增减其他要素形成不同抽象程度的概念,依照形式逻辑规则构建整个法律规范的概念体系,长期以来都是“法学努力的中心,并且是法学学术性的证据”。参见陈爱娥《〈法学方法论〉导读—代译序》,载[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第16页。

#### 四、解决困境的一种尝试:相对诉讼标的理论

诚然,相对诉讼标的理论距离成为替代二分肢说和一分肢说的新的通说,还有很长的距离。但笔者认为,相对诉讼标的理论最大的贡献不在于建构,而是突破,即打破固有的“诉讼标的”概念的一体化思维模式,使其在不同诉讼语境和程序场景中呈现流动化趋势。目前,相对诉讼标的理论的内部分歧主要集中在对诉讼标的的“相对性”应该如何理解和把握上。具体来说,有的学者(如 Jauernig)认为,“相对性”仅体现在不同诉讼类型上的差异上,即诉讼标的的识别标准将随着给付之诉、确认之诉与变更之诉三种诉讼类型的变化而发生相应的变动,但在同一种诉讼类型中,不同程序场景(诉讼系属、诉的合并、诉的变更和既判力)仍采纳同一个诉讼标的的识别标准。<sup>①</sup>而有的学者(如 Rot)则认为,“相对性”不仅体现在不同诉讼类型上的差异上,即便在同一诉讼类型中,诉讼标的的识别标准也会因不同诉讼场景中价值取向的差异而发生变化。<sup>②</sup>下面将以诉讼标的在“诉讼系属”上的范围确定为例,对“相对性”的第二种观点进行阐述。

“诉讼系属阻断”制度的最大价值在于:诉讼经济,避免针对同一事项出现重复审理的多个平行诉讼,同时防止针对同一事项出现前后相互矛盾的判决。鉴于此,应当将所有属于“同一诉讼标的”的法律纠纷,合并并在同一个法院的同一个诉讼程序中进行集中审理。这一价值取向,客观上决定了在诉讼系属这一程序场景中,需要一个宽泛的诉讼标的的概念。此时,虽然一分肢说下的“诉讼标的”概念外延宽于二分肢说,但即便是一分肢说,也并没有宽泛到可以完全实现诉讼系属的制度价值,例如下文将要论述的诉讼时效中断问题。

案例 4(NJW - RR 2006, 736, 2006 年 2 月 17 日判决):被告的亲属在民主德国发起的土地改革<sup>③</sup>(Bodenreform)中获得一块土地。1966 年 1 月 7 日,被告的亲属死亡,被告因继承而获得这块土地的所有权。随后被告并未将土地用于农业生产,而是在土地上建造托儿所。1991 年 4 月 7 日被告以 2485208 马克的价格将土地卖出。被告获得的土地款,除大部分已被消费完之外,被告将 250000 马克用于购买不动产股份。1998 年 7 月 31 日原告(即政府不动产部门)向法院起诉,要求被告返还土地款。被告提出诉讼时效已过的抗辩。一审法院判定,被告向原告支付 1636282.35 马克。原告和被告对此判决都表示不服,提起上诉。在二审程序中的言辞辩论阶段(2002 年 11 月 27 日),原告提出补充性请求,要求被告将他用销售土地所获得的钱购买的不动产股份转移交付至原告,利用土地款所获得的其他盈利也应返还给原告。二审法院判决被告支付 1749762.59 马克,并将不动产股份转移交付至原告。被告不服上告至联邦最高法院(与本主题无关的讨论在以下部分的分析中予以省略)。

本案中与论文主题相关的问题是,被告是否需要将他用销售土地所获得的钱购买的不动产股份转移交付至原告。根据德国《民法典施行法》(EGBGB)第 233 条第 1 部分第 2 款第 2 句的规定,被告有义务向原告交出因土地而获得的收益。由于被告已经将 25 万马克土地销售款用于购买不动产股份,向原告交付这 25 万的土地款已客观不能。但由于被告在购买该股份时,并不知晓他对原告负有返还该土地销售款的义务,即被告不存在主观过错,因此原告不能援引《德国民法典》原第 280 条第 1 款<sup>④</sup>的规定,要求被告承担损害赔偿责任。但除此之外,原告还可以援引《德国民法典》原第 281 条第 1 款<sup>⑤</sup>规定,要求被告承担替代给付的损害赔偿责任,也就是向原告交还所购买的不动产股份。

这里存在一个问题:原告在起诉时(即 1998 年),向第一审法院提出的诉讼请求是返还土地款,土

<sup>①</sup>Jauernig, Othmar, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967, S. 7.

<sup>②</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO; 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 45ff.

<sup>③</sup>按照 1945 年《土地改革法令》,对于此次土地改革中获得的土地,其新所有者若要将其处置权传给继承人,继承人需继续将土地用于农业生产。否则,土地将由民主德国政府分配给第三方或是收归国有。

<sup>④</sup>《德国民法典》原第 280 条第 1 款(即 2002 年债法改革之前版本):只要给付基于可归责于债务人的原因而成为不可能时,债务人应当赔偿债权人因不履行而产生的损害。

<sup>⑤</sup>《德国民法典》原第 281 条第 1 款:如果债务人基于给付不能的原因而就原来负担的标的物取得赔偿或者赔偿请求权的,债权人可以请求(债务人)交付所获得的赔偿或让与此种赔偿请求权。

地款返还请求权的诉讼时效期间至2000年,当然该诉讼时效因原告的起诉行为而中断。但不动产股份交付请求权是原告在第二审程序期间提出,即2002年,理论上说该请求权已过诉讼时效。那么不动产股份交付请求权的诉讼时效有没有可能因之前的土地款返还请求而中断呢?一般来说,某一种请求权的诉讼时效因起诉行为而发生中断,因此适用诉讼时效中断的请求权范围的判断,取决于这些请求权能否纳入“同一诉讼标的”。如果按照这一标准进行判断,土地款返还请求权与不动产股份交付请求权显然不属于同一诉讼标的,因为请求和所依据的原因都不相同。

不过,司法判例改变了上述做法,认为诉讼时效中断的请求权范围在某些特殊情况下,也可溢出诉讼标的的范围,即由诉讼请求扩展至与该请求实体本质相同的请求,<sup>①</sup>只要后提出的请求与一开始提出的请求服务于相同的目的,且两种请求在法律原因和法律性质上相同。如果按照这个标准进行判断,本案显然符合此要求。尽管土地款返还请求与不动产股份返还请求两者构成的诉讼标的完全不同,但彼此在功能上却处于相互替代的地位,服务于同一目的,指向同一利益,因此前一个请求权的诉讼时效效力也可扩张至后一个请求权,同理,后一个请求权的诉讼系属效力也可追溯至前一个请求权提起诉讼之时。由此可以看出,诉讼系属制度在诉讼标的上所使用标准,甚至可以突破一分肢学说的“同一请求权”,而扩展至“不同请求权”,这在诉讼标的四大适用领域中无疑是最为宽泛的。

试图寻找一个能够统一适用于诉讼系属、诉的合并、诉的变更、既判力四大领域的“诉讼标的”概念的做法并不尽如人意,这是否意味着我们应该走向另一个极端,认为这四个领域应独享各自的“诉讼标的”概念界定标准呢?恐怕这也不合适。尽管四个领域在功能设定和价值选择上各有差异,但也并非毫无牵连。诉讼系属与既判力两者功能相同,都是为了防止前后相互矛盾判决的产生,同时还有诉讼经济上的考量,避免针对同一事项重复投入时间和司法资源。同样,如果当事人可能会因为既判力效力而被禁止在后诉中提出对于某一项请求,那么原告在先前进行的诉讼中提出该项请求的愿望,就不因基于诉的合并和诉的变更的障碍而落空。<sup>②</sup>由此看出,诉讼标的作用的四个传统领域,尽管有着各自独特的价值考量,但这并不排除四者之间依然共享某些功能。换句话说,不同的功能考虑是诉讼标的概念的“浮动”计量,而共享的功能则构成诉讼标的概念的“不变内核”。从目前德国相对诉讼标的学说持有者的观点来看,该“不变内核”的判断框架仍主要限定在一分肢学说和二分肢学说之中,根据不同程序场景的价值取向而选择采纳一分肢学说抑或是二分肢学说。作为补充,诉讼标的在诉讼系属领域的判断,有限度地在司法判例中发展出突破“相同请求”的若干规则,<sup>③</sup>由此兼顾系统内一致性的建构框架与个体价值多样化的细节设计。

## 结语

他山之石,可以攻玉。通过分析德国诉讼标的理论及其司法实务的运行状况,可以总结出以下几点对中国法有益的启示:

第一,关于诉讼标的概念的内涵。诉讼标的是原告向法院提出的、要求法院以一定的权利保护形式,解决原被告之间实体争议的诉求。“法律效果”和“权利诉求”共同构成界定“诉讼标的”内涵的两个坐标。其中,“法律效果”以实体法上的权利或法律关系为基础,以纠纷的实质解决为导向,是原告在诉讼程序中所期望达到的实体法上的法律效果。“权利诉求”立足于程序法,是原告为实现实体法上法律效果而采取的诉讼手段。

第二,关于诉讼标的的识别标准。随着“诉讼法说”取代“实体法说”,“权利诉求”这一因素构成“诉讼标的”的固定内容已无争议。而在“法律效果”这一层面,“案件事实”作为诉讼标的的等值构成要件(二分肢说),还是仅作为解释诉讼标的的辅助要件(一分肢说),构成了诉讼法说内部的主要争论

<sup>①</sup>这一做法也符合《德国民法典》第213条的规定:诉讼时效的停止、停止完成和重新计算,也适用于其他请求权,即该另外的请求权(与所主张之请求权)基于相同原因选择性或者替代性地存在。

<sup>②</sup>Roth, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Band 4, vor § 253 Rn. 47.

<sup>③</sup>这里还应包括欧盟法院“核心理论”(Kernpunkt)对于诉讼系属效力范围的影响。但由于篇幅所限,对这个问题本文暂时不做深入探讨,笔者将另行撰文论述。



点。虽然在理论界一分肢说和二分肢说仍势均力敌,但在司法实务领域二分肢说已形成通说。但是,由于“案件事实”这个概念本身在外延上就非常模糊,“案件事实”的概念界定不同,将直接决定两种学说在实务运行中的诉讼路径到底存在多大的差异。当“案件事实”的定义范围无限缩小至与该案相关联生活事实链条中的某一环节或某一元素时,由于“案件事实”限定了诉讼标的概念的范围,二分肢说逻辑下的诉讼标的就远远小于一分肢说逻辑下的诉讼标的,两种学说存在本质差异。但当“案件事实”的定义范围无限扩张至与该案相关联生活事实的整个链条时,二分肢说和一分肢说两种学说的差异将消失殆尽。正确理解“案件事实”的这种“弹性”,有助于我国法院在司法运作中,以司法政策和价值为导向,灵活把握诉讼标的概念的宽窄大小。也就是说,把“案件事实”作为一个变量,在不同的纠纷类型中采纳不同的“案件事实”外延确定标准。

第三,关于统一诉讼标的概念的松动。德国相对诉讼标的理论的出现,意味着德国传统理论中一体化构建诉讼标的概念的研究范式出现了动摇。诚然,从一系列相关联的法律条文中分离出若干要素,并将此等要素一般化,在按照一系列逻辑规则构建整个法律规范的概念体系,是德国法学的一种学术研究传统,也是一种迷人的价值取向。但是,不能以牺牲具体场景下结果妥当性为代价、过度地追求体系化的构建。现实中,由于我国法并没有形成类似德国法的理论、实务传统,相对的诉讼标的理论在我国并不存在理论上的障碍。笔者认为,在我国的审判实务中,应当根据不同的程序场景,确定不同的诉讼标的的内涵和外延<sup>①</sup>。

---

**Subject:** Dilemma and Breakthrough – The Restate of the German Civil procedural Theory on the Subject – Matter of Dispute

**Author & unit:** LU PEI ( Law School , University of International Business and Economics , Beijing 100029 , China)

**Abstract:** The German civil procedural theory on the Subject – Matter of Dispute has been evolving from the “substantive law theory” to “procedural law theory”, thereupon, from “two limbs” to “one limb” during the centuries. Two factors, “legal effect” and “legal request”, constitute the coordinates of “Subject – Matter of Dispute”. The “legal effect” is based on the right or legal relationship of the substantive law, and the “legal request” takes its foothold in procedural law, it is the course of action taken by the plaintiff in order to achieve the legal effect on the substantive law. Due to the difficulty of definition caused by the ambiguity of the content of “Subject – Matter of Dispute”, the German theorists tried in vain in finding a unified concept of “Subject – Matter of Dispute” which embraces the meanings of “Subject – Matter of Dispute” in lis pendens, joinder of actions, alteration of claim, res judicata etc. . . Therefore, the theory of relative “Subject – Matter of Dispute” is sprouting on German academia, and the major contribution of this theory does not lie in pushing the existent theory further, but in the breakthrough — a breakthrough of the ideology of the existence of an integrated and unified “Subject – Matter of Dispute”, and making it a drifting concept which could be adapted to different litigation context and procedural scenarios, as to accommodate the needs of different policy considerations and interpretation practices

**Key words:** subject – matter of dispute; substantive law theory; procedural law theory; relative theory of subject – matter of dispute

---

[责任编辑: 刘加良]

---

<sup>①</sup>陈杭平根据不同的利益衡量或不同的权/责配置结构,将诉讼标的在不同程序场景下的诉讼标的的衡量标尺由窄到宽大致分为1.0版、2.0版和3.0版,即作为一种创新性尝试。具体可参见陈杭平《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》,载《法学研究》2016年第4期。