

德国诉讼标的诉讼法说的传承与发展

曹志勋*

目次

- 一、引言：跨越时空的诉讼标的理论对话
- 二、分久必合：自诉讼法说到新实体法说
 - (一) 概念体系及其识别
 - (二) 给付之诉中的理解
 - (三) 形成之诉中的理解
- 三、自我扬弃：由二分支向一分支的演变
 - (一) 1929 年第 2 版教科书
 - (二) 1949 年第 4 版教科书
 - (三) 1954 年第 6 版教科书
- 四、大道至简：尽可能精简化的一分支说
 - (一) 概念：定义及识别标准
 - (二) 驳论：诉的合并的类型
 - (三) 软肋：既判力客观范围
- 五、集大成者：持二分支说的代表性理论
 - (一) 以权利主张为核心的二分支定义
 - (二) 法律后果主张与生活事实的识别
 - (三) 与识别标准一致的诉的合并理论
 - (四) 基于识别标准的既判力规则分类
- 六、代结论：对我国诉讼标的讨论的启示

摘要 诉讼标的诉讼法说长期以来是德国法学界的通说。按照学说出现的时间顺序,同时也是遵循学说在往复中逐步深化的过程,还原代表性德国学说的全貌,有助于挖掘各主张背后的价值考量和论证方式,突显大陆法系基本原理的学术脉络、知识谱系和传承发展。尼基施提出了被认为结合了诉的声明和事实因素的二分支说,他也区分了给付之诉和形成之诉中的识别标准,但后期转而奠定了新实体法说发展的理论基础。对比而言,与他同时期的罗森贝克虽然一直守在诉讼法说阵营前列,但没有将其主张坚持到底,而是在 20 余年的发展中从二分支说逐渐向一分支说转向。依托于二分支说,施瓦布提出了以诉的声明为核心的一分支说,并以驳论方式否定了存在多个生活事实构成诉的合并的理论可能性。这种学说从立论来看过于简单,尤其在既判力方面常常面对严厉批评,他则通过提出独立的、决定既判力客观范围的裁判的本质概念加以回应。在前述诉讼法说与实体法说、二分支说与一分支说的对话的基础上,哈布沙伊德成为诉讼法二分支说的集大成者,他有力地论证了生活事实概念的独立地位,但仍然承认既判力规则存在例外。上述对德国理论传承和发展的研究,无论从方法论来看还是在具体识别标准的认识上,都将助力我国诉讼标的理论的深化。

关键词 诉讼标的 诉讼法说 诉的声明 生活事实 既判力

* 北京大学法学院助理教授、法学博士。本文系 2018 年国家社会科学基金青年项目“我国民事诉标的的识别的诉讼法进路研究”(项目编号: 18CFX033)的阶段性成果,并得到中央高校基本科研业务费专项资金资助。

一、引言：跨越时空的诉讼标的理论对话

其实在整个大陆法系(包括我国),诉讼标的理论在民事诉讼法理和司法实务中的重要性都得到广泛承认。长久以来,我国学者广泛征引大陆法系法域的既有理论和实践,并且不断尝试开创适于我国国情的诉讼标的学说;〔1〕我国法官也未曾放弃对更好维护当事人实体权益、促进纠纷解决的方案的追寻,在现实的司法纠纷中,大胆尝试和突破,采取了理论上可以归入不同学说的裁判说理和结论。〔2〕这种理论和实务上不拘一格的尝试是社会转型期完善法律技术的必由之路,百家争鸣的火热场面也能在最大程度上兼顾我国国情和比较法上的经验。总体来说可喜的是,最高人民法院终于在2015年通过《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)第247条(2022年未做修改)尝试给出了处理重大理论争议问题的可能方向。但是从后续解释方案和基于本条产生的进一步争议来看,略显遗憾的是,相关规则的出台并不能等同于问题的解决,反而使讨论进一步复杂化。可以预见在未来较长的时间内,多元并存仍将是我国诉讼标的理论与实践的基本特征。

为了比较不同学说在方法、效果上的差异以及在细节上的具体构成,在民事诉讼法学整体上聚焦于适用法条的法教义学/解释学研究和我国司法实践特色问题的实证研究的基本面下,诉讼标的理论问题仍然有进一步加以比较研究的价值。〔3〕须知,不同学说的划分大多只是后世研究者出于研究便利的大致归类,在相同的标签下很可能隐藏着完全不同的论证思路和解释方法。由于德国学者在诉讼标的的问题上常常领风气之先,本文将大致按照学说出现的时间顺序,同时也是遵循学说在往复中逐步深化的过程,详细地讨论几位诉讼法说代表学者尼基施(Nikisch)、罗森贝克(Rosenberg)、施瓦布(Schwab)和哈布沙伊德(Habscheid)的观点,尝试挖掘德国司法实务通行见解的理论渊源。这几种学说,在德国分别代表了诉讼法与实体法在诉讼标

〔1〕 比如,参见王福华:《论民事判决的遮断效力》,载《中国法学》2021年第3期,第265—286页;任重:《论我国民事诉讼标的与诉讼请求的关系》,载《中国法学》2021年第2期,第245—263页;陈杭平、卢佩、巢志雄、史明洲:《新范式下的民事诉讼标的理论》,中国法制出版社2020年版;陈巍:《重复起诉认定标准之重构》,载《中外法学》2020年第6期,第1596—1613页;曹志勋:《民事立案程序中诉讼标的的审查反思》,载《中国法学》2020年第1期,第283—303页;袁琳:《民事重复起诉的识别路径》,载《法学》2019年第9期,第155—167页;赵秀举:《论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调》,载《交大法学》2018年第1期,第23—32页;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;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;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。

〔2〕 比如,参见王贺春、张福才等六人与卢继先、华宸建设集团股份有限公司债权转让合同纠纷案,载《最高人民法院公报》2012年第11期,第16页;北京黄金假日旅行社有限公司诉携程计算机技术(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上诉案,最高人民法院民事裁定书(2007)民三终字第4号;奉化步云公司与上海华源公司商标所有权转让纠纷不予受理案,载《最高人民法院公报》2006年第6期,第27页;徐州市路保交通设施制造有限公司与徐州市华建房地产开发有限公司、第三人尤安庆房屋买卖合同纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第6期,第19页;美国EOS工程公司诉新绎发电公司等侵权纠纷案,载《最高人民法院公报》2004年第10期,第21—22页。

〔3〕 对比较研究方法的坚持,参见傅郁林:《改革开放四十年中国民事诉讼法学的发展》,载《中外法学》2018年第6期,第1442—1443页。

的问题上的分离与趋同的倾向，诉讼法说内部的二分支说与一分支说的扬弃与递进的关系，以及二分支说目前继续占据理论通说的历史选择。尤其是，在同样最初源自德国的所谓相对的诉讼标的论的挑战下，准确认识德国通说的全貌并详细了解其理论基础，也许是在现阶段相关研究进入到较高水平后，需要完成的研究任务。

即使我国未来仍然有必要坚持(旧)实体法说的观点，我们对《民法典》乃至广义上的实体法规则的体系建构也能够支持这种识别标准的主张，^{〔4〕}充分分析至少能够与其分庭抗礼的诉讼法说主张也是十分有益的。这里特别值得关注的是，在旧实体法说和诉讼法说的基本分野下，诉讼法说在德国究竟是如何捍卫其主流地位的，如何回应各种实体法请求权竞合^{〔5〕}并规定各诉讼阶段的程序操作规则(诉的合并、双重起诉、诉的变更和既判力客观范围，即所谓四大“试金石”)。在民事诉讼法学研究进一步精细化的当下，我们已经不能简单满足于大致的答案，而需要回到先前研究者的整体论述，深入甄别不同学者提供的一揽子解决方案。纵使我们需要认识到民事诉讼法学知识谱系可能同时支撑和制约学术研究，具有正反两个方向上的作用力，^{〔6〕}但仍然无法回避知识谱系本身的基础地位和对其加以准确了解的必要性。当然，反过来看，本文也无意、更无法百无一漏地介绍各家理论的所有内容，只能将精力集中在那些争议比较大，尤其是相互之间或者与其他诉讼法说之外的学说能够对照和比较的部分。

同时，虽然诉讼法二分支说被视为代表了德国通说，但是这只不过是一种大概的归类，在具体问题的解答中存在一些例外，在某些问题中从实体法出发的态度仍然被实务坚持。根据该说，诉讼标的的概念是当事人的权利保护要求或者法律后果主张，^{〔7〕}而诉讼标的的识别标准则由诉的声明和生活事实共同构成。^{〔8〕}二分支说中的所谓分支(-gliedrig)或者构成要素(Bestandteil)，实际上指的是诉讼标的的识别标准，与诉讼标的的定义的核心无关，而只是定义中附带的修饰性成分。虽然在行文表述中各学说有时会将识别标准与组成部分混为一谈，但是从著作的核心论点和篇章结构来看，其指向的却都是概念的识别标准，即同一性问题。^{〔9〕}

〔4〕 关于实体法规则体系对于民事诉讼制度的影响，参见张卫平：《双向审视：民事诉讼制度建构的实体与程序之维》，载《法制与社会发展》2021年第2期，第131—149页。

〔5〕 关于实体法说下的不同主张，参见曹志勋：《德国诉讼标的实体法说的发展》，载《交大法学》2018年第1期，第33—44页。

〔6〕 参见王列生：《论知识谱系对学术研究的制约与超越》，载《探索与争鸣》2019年第2期，第56—69页。就此而言，苏力就“从‘学科性学术’到‘问题性学术’”的立论，在完善各个学科知识谱系之外提出了既宏大又实际的理论追求。参见苏力：《别太在意通向何处》，载《开放时代》2022年第1期，第32—40页。

〔7〕 国内批评二分支说在概念上无法脱离实体请求权的意见，参见段厚省：《请求权竞合要论》，中国法制出版社2013年版，第239页。

〔8〕 较新讨论，参见卢佩：《困境与突破：德国诉讼标的理论重述》，载《法学论坛》2017年第6期，第73—78页。关于对作为民事诉讼法学专门概念的生活事实的理解，亦见曹志勋：《立案形式审查中的事实主张具体化》，载《当代法学》2016年第1期，第138—139页。

〔9〕 Ekelöf, Der Prozeßgegenstand — ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz, ZZP 85 (1972), 145, 146 ff. 作者以翻修的房屋举例，房屋的定义处理的是房屋与其他事物的区别，而同一性标准则针对翻修后的房屋是否还是原来的房屋。不同人对后者可能有不同的判断标准，比如主妇可能更重视现代化的设施，建筑师更关注房屋的建筑结构，而建筑师则可能看重房屋表面是否还保留着巴洛克装饰。类似思路亦见：Beys, Zum Problem des Streitgegenstandes im Zivilprozeß und den (ggf. national) zu ziehenden Folgerungen, insbesondere für die Rechtskraft ZZP 105 (1992), 145, 176. 国内类似观点，参见段厚省：《民事诉讼标的论》，中国人民公安大学出版社2004年版，第104—106、108—110页。

二、分久必合：自诉讼法说到新实体法说

(一) 概念体系及其识别

在诉讼标的识别中,率先强调诉的声明和事实因素的学者是尼基施和罗森贝克。从整体来看,这两位学者的观点在各自的学术生涯中不断向对方靠拢,直至最后两人几乎换位,支持对方最初主张的学说。就总体趋势而言,罗森贝克逐步抬高诉的声明的地位,而尼基施则转而强调案件事实在识别中的意义。^[10]从这个意义上看,要讨论两位学者持怎样的观点,必须明确所考据的作品及其版本。于是,笔者随后将分别围绕两位学者的学说核心加以介绍。

至少从核心贡献来看,尼基施的主要观点被认为是结合了诉的声明和事实因素的二分支说,^[11]后期更是为了解决前者中的问题,引领了新实体法说的出现,认为在电车事故引发的违约与侵权竞合的案件中只有一个实体请求权,从而回应诉讼法说的实质说理与质疑。^[12]还可以说,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,但在其定义上仍然保持着与实体法的紧密联系。^[13]

在尼基施的理论体系中,诉的声明为权利主张(诉讼标的)的载体并成为其识别标准,而事实因素则是在必要时使权利主张个别化的理由。就事实因素而言,在大多数情况下,由于从诉的声明中提取的权利主张尚未个别化,所以需要从诉状的理由部分中寻找补充信息,即(抽象的)法律构成要件或者(具体的)产生原因(Entstehungsgrund)/案件事实(Sachverhalt)。易言之,原告所提交的理由同时具有证成权利主张和使权利主张个别化的双重功能。从其具体展开来看,发挥个别化功能的案件事实应当是所谓的生活事实(而非法律事实),比如在涉及基于所有权和占有的返还请求权的案件中只存在一个案件事实。法官不受到当事人实体请求权选择的限制,而是直接根据诉的声明和(上述广义的)案件事实做出裁判,也被认为符合当事人与法院之间的分工。^[14]而在针对绝对权和婚姻的确权之诉中,则因为权利主张不必进一步个别化,所以可以将事实因素排除出识别标准。^[15]

[10] Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand: geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand, 1970, S. 157 Fn. 36, 165.

[11] Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., 2016, vor § 253 Rn. 20; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 44 f.; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 46 f.

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

[13] Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 54 f.

[14] Nikisch, a.a.O. (1955), 282; Nikisch, Zivilprozessrecht: ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1952, §§ 42 IV 2 (S. 165), 106 I 3 (S. 415); Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935, S. 34 f., 91 f., 151 f., 157. 这与后文罗森贝克对案件事实的定义一致。国内主张尼基施的案件事实概念是与实体请求权和法律构成要件相结合的法律事实的不同观点,见前注[9],段厚省书,第40页。值得说明的是,从理论上讲,区分是法律事实还是生活事实的意义主要在于,在“电车案”(电车发生交通事故导致的违约和侵权竞合)或者“偷马案”(盗窃马匹后产生的基于所有权和占有的返还请求权竞合)这样只涉及同一个生活事实的请求权竞合的情况下,应当认定存在几个案件事实。与此不同,在借款和本票的请求权竞合案件中,学者一般都认为存在两个生活事实/案件事实。

[15] Nikisch, a. a. O. (1935), S. 14 ff., 29 ff.; Nikisch, a. a. O. (1952), §§ 42 III (S. 164 f.), 106 I 2 (S. 414) (判断既判力的范围相应地只需考虑诉的声明)。同样主张对绝对权不必个别化因此不需要案件事实的观点: Hesselberger, a.a.O., S. 152; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 282 f.; Schwab, a.a.O. (1954), S. 93 f. 这样也可以区别尼基施和伦特的观点,因为尼基施的标准是诉的声明,而伦特的是对实体权利的主张。Schwab, a.a.O. (1954), S. 44. 哈布沙伊德则持相反观点: Habscheid, a.a.O. (1956), S. 191 ff.

上述对事实因素的取舍与他诉讼标的的定义有关,即“原告以之为对象、要求可以发生既判力的裁判的权利主张”。^[16]原则上,诉讼标的是对应诉的声明的抽象的法律后果主张(abstrakte Rechtsfolgebehauptung),需要结合事实因素个别化;而例外则是具体的权利主张(konkrete Rechtsbehauptung),其本身的个别化已经足够。^[17]这种权利主张说的核心是当事人之间的法律关系,而与此相对的将诉讼标的理解为当事人的权利保护要求的权利要求说则强调当事人向法院的要求。^[18]同时,两种学说也在是否将权利保护形式(对应给付、确认和形成这三种诉的类型)纳入诉讼标的问题上,持不同看法。^[19]

(二) 给付之诉中的理解

在给付之诉中,根据案件与实体请求权的关系的不同,应当分为三种情况。首先,在仅涉及一个实体请求权时,比如当事人提起的两个诉讼分别基于取得所有权的不同原因时,尼基施认为取得原因只是诉讼标的的理由而非诉讼标的本身,因而当事人在基于某一取得原因的判决生效之后,不得以不同取得原因另行起诉。^[20]其次在涉及请求权聚合(各请求权可以同时成立,无需竞合),即可能出现重叠的诉的合并时,如同一份合同中约定两个数额相同、但分别基于买卖和借款的金钱债务,只有结合案件事实才能明确实际上涉及的是两个独立的权利主张。^[21]再次,对于请求权竞合的情况,他明确主张以权利保护要求(Rechtsschutzgesuch)作为判断标准,这需要从诉的声明中加以提取,并且通过权利主张确定内容。有几个权利保护要求,就有几个请求权及诉讼标的。^[22]这样,此时诉讼标的的识别标准就只有诉的声明,而不包括事实因素。按照尼基施的理论,无论是涉及单一案件事实和请求权竞合的侵权案件,还是涉及两个案件事实的借款和票据案件,都只存在一个权利保护要求,因而只有一个诉讼标的。^[23]

但是结合案件事实在权利主张个别化中的作用来看,在涉及多个案件事实的请求权竞合时,尼基施的观点存在内在矛盾。概言之,既然诉讼请求权/权利主张已经被案件事实个别化,那么自然应当存在两个诉讼标的;但是识别诉讼标的的数量标准又是权利保护要求,案件事实在其中并不发挥作用。^[24]易言之,尼基施认为权利主张(诉讼标的)的数量并非识别诉讼请求权数量的标准,那么识别诉讼标的的意义其实也就不存在了。在他的早期学说主张中,此时只需识别权利保护要求的数量即可。为了解决上述问题,尼基施又在随后的作品中修改了自己的观点,即他后期

[16] Nikisch, a.a.O. (1935), S. 19.

[17] Nikisch, a.a.O. (1935), 19 ff., 29 ff.; Hesselberger, a.a.O., S. 152 f. 认为尼基施没有明确就具体的权利主张表态的不同观点; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 45.

[18] Stein/Jonas/Roth, a.a.O., vor § 253 Rn. 20.

[19] Nikisch, a.a.O. (1935), S. 46 ff., 54 (但在当事人先提起确认之诉、随后提起给付之诉时,通过法条中不同概念的文义解释认为不受到禁止双重起诉的限制); Nikisch, a.a.O. (1955), S. 276 f. (认为不必从文义,而从确认之诉和给付之诉不同的内容即可区别不同诉讼标的); Stein/Jonas/Roth, a.a.O., vor § 253 Rn. 20; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 132 f.; Schwab, a.a.O. (1954), S. 43.

[20] Nikisch, a.a.O. (1952), § 45 II 2 (S. 174); Nikisch, a.a.O. (1935), S. 77 (以确认之诉为例).

[21] Nikisch, a.a.O. (1935), S. 90 f.; Schwab, a.a.O. (1954), S. 45 f. 在既判力方面,产生同一生活事实的不同的请求之间也不会相互影响。Nikisch, a.a.O. (1952), § 106 I 3 (S. 415).

[22] Nikisch, a.a.O. (1935), S. 83. 权利保护要求即尼基施对诉的定义。Nikisch, a.a.O. (1935), S. 1 ff.

[23] Nikisch, a.a.O. (1935), S. 91 f., 98, 106.

[24] Hesselberger, a.a.O., S. 158; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 46; Schwab, a.a.O. (1954), S. 46 ff. 相应地在只涉及一个案件事实的电车或者偷马的案件中,其前后学说则保持一致。也正是在后一种案件中,尼基施认为在实体法上也只存在一个请求权,具体的请求权基础只不过是法律观点。易言之,此时并不存在请求权竞合。Nikisch, a.a.O. (1955), S. 282 f.

强调在涉及多个案件事实时,不应只存在一个请求权/诉讼标的。^[25] 比如基于立法者的意思,在借款和本票的关系中存在两个独立的请求权/诉讼标的。尼基施也正是将这种案件类型称为“真正的请求权竞合”,并且主张无论借款和出具本票的行为在客观时间、行为上是否接近,都应当视为“独立的产生原因”(Entstehungsgrund)及不同诉讼标的。^[26] 易言之,此时不必考虑与借款和票据相关的生活事实的实际内容,不必判断其在时空上是否相近。这种主张实际上与其之前学说相同,即案件事实是否相同,不影响诉讼标的的识别。

在诉的合并问题上,他主张借款和本票或者不同时间做出的指向同一债务的保证意思表示可以构成选择的诉的合并,这样从概念上看即存在多个诉讼标的。^[27] 在诉的变更上,用于权利主张个别化的案件事实的变化,也会导致诉的变更,比如前述两例或者涉及不同的物的瑕疵等。^[28] 在禁止双重起诉的问题上,他也坚持相同观点。^[29] 尼基施在既判力方面的观点也因实体请求权是否需要个别化以及其程度有所区别。^[30] 如果案件中仅涉及单一案件事实,比如涉及基于所有权和占有的返还请求权或者合同和侵权竞合的交通事故案件,如果法官仅就其中一个法律观点做出裁判,当事人也不得以被遗漏的法律观点另行起诉,此时只能寻求上诉救济。对于当事人在先诉中未能及时补充案件事实的情况,同样适用上述规则。^[31] 与此不同,如果先诉中遗漏裁判的事实因素能够构成独立的案件事实,那么当事人就可以在后诉中以遗漏的法律观点为由,提出与先诉相同的权利主张,而不受前诉终局判决既判力的约束。^[32] 原告如果在先诉中胜诉,虽然理论上仍然可以以另一理由提起后诉,但是却由于缺乏权利保护利益不能获得双重给付。而在先诉中的判决得到履行时,发生竞合的实体请求权就消灭了。比如,涉及金钱借贷和本票的案件就属于这种能够构成独立案件事实的情形。^[33]

(三) 形成之诉中的理解

在形成之诉中主要涉及的是不同的形成事由与诉讼标的的关系,尼基施的观点在这里仍然是内在不统一的。他认为由于对当事人而言,只存在一个形成权并且能够被原告在诉讼中作为说理提供的全部事实加以个别化,此时诉的声明不再成为识别标准。^[34] 具体来看,在诉的合并和诉的变更中他主张不同的形成事由都构成同一诉讼标的,但在禁止双重起诉和既判力的范围上则应当根据不同形成事由所对应的案件事实的不同,允许后诉的提起。他同时认为,上述两种情况应当区别处理,此时也不会产生如给付之诉中双重给付的弊端。再者,后诉虽然不受前诉既判力的限制因而能够提起,但是因为缺乏权利保护利益或者婚姻解除理由的失效(§ 616 ZPO a.F.),^[35]同

[25] Nikisch, a.a.O. (1955), S. 287.

[26] Nikisch, a.a.O. (1955), S. 283 f. 这种后期观点即以实体法上的不同权利作为识别案件事实,进而识别诉讼标的的标准,体现了其在实体法说基础上的续造。Hesselberger, a.a.O., S. 161.

[27] Nikisch, a.a.O. (1955), S. 286 f.; Nikisch, a.a.O. (1952), § 45 IV (S. 175 f.).

[28] Nikisch, a.a.O. (1952), § 48 I 3 c (S. 181).

[29] Nikisch, a.a.O. (1952), § 47 II 1 b (S. 179).

[30] Schwab, a.a.O. (1954), S. 50 ff.

[31] Nikisch, a.a.O. (1952), § 106 I 3 (S. 415); Nikisch, a.a.O. (1935), S. 151 f.

[32] 对此,施瓦布认为此时第二个案件事实涉及的诉讼标的在前一诉讼中已经构成诉讼系属,因此原告不能另行起诉,法院做出的也只是部分判决。Schwab, a.a.O. (1954), S. 153 f.

[33] Nikisch, a.a.O. (1952), § 106 I 3 (S. 415); Nikisch, a.a.O. (1935), S. 152 f.

[34] Nikisch, a.a.O. (1955), S. 292.

[35] 后者特别规则被视为既判力的扩张: Nikisch, a.a.O. (1952), § 139 V 5 (S. 561 f.).

样应当被法院以诉讼判决驳回。^[36]

三、自我扬弃：由二分支向一分支的演变

如前所述，与尼基施同时代并在立论上互换立场的罗森贝克，可能是20世纪德语文化圈最有影响力的诉讼法学家，^[37]他对诉讼标的学说、证明责任理论和民事诉讼法学整体理论框架做出了创造性贡献，也已经在很大程度上为我国研究者所熟悉。其中，他的诉讼标的学说经历了一个发展的过程，即从二分支说逐渐向一分支说转向。这种渐变可以从其体系书《德国民事诉讼法教科书》各版本之间的变化中看出，^[38]因此下文将简要比较不同版本间观点的差异。值得一提的是，该书经其弟子施瓦布和再传弟子哥特瓦尔德(Gottwald)的续写，2018年已经出版了第18版，^[39]成为民事诉讼法学界延续时间最长的教科书。

(一) 1929年第2版教科书

在第2版教科书中，诉讼标的被定义为“对法律效果能发生既判力的、确定的要求，同时以提出的诉的声明和为了说理而陈述的案件事实为特征”。^[40]与尼基施不同，罗森贝克认为，虽然原告应当提出具体的权利主张或抽象的法律后果主张，但是这只能通过陈述历史事实经过(Erzählung des historischen Vorgangs)和诉的声明加以确定。^[41]此时，罗森贝克对案件事实的定义即使用所谓历史事实这一概念。

他区分了请求权原因(Anspruchsgrund)(§ 253 II Nr. 2 ZPO)和诉的原因(Klaggrund)(§ 146 ZPO)，前者是诉讼标的的识别标准(“案件事实”)，后者是对应不同法律构成要件的事实因素(“法律事实”)。由于仅属于诉的原因，他认为诉讼学者所谓的实体权利产生原因(Entstehungsgrund)的不同不影响案件事实的数量，比如在合同与侵权或者所有权与占有返还的请求权竞合中，案件事实保持同一。^[42]在这种情况下，同一诉讼请求权能够获得多个诉的原因的支持。与此类似的还包括分别基于法定继承或者遗嘱继承、买卖或者委托合同还有无因管理或者不当得利的情况，此时只不过是同一案件事实可以同时满足不同实体法规范的要件。至于涉及的实体请求权是否为复数，比如案件涉及的是是否为法条竞合下的单一实体请求权(不同法定类型的侵权行为或不当得利)，对于诉讼标的的识别就更不重要了。^[43]基于“法官知法”原则，法官可以审查同一案件事实下所有可能的法律观点，即使原告只提出了一个观点甚至根本没有提出。^[44]

但是在诉的声明和案件事实中有任何一个为复数时，则构成不同的诉讼标的。比如主张支付

[36] Nikisch, a.a.O. (1955), S. 291 ff.; Hesselberger, a.a.O., S. 161 ff.

[37] Schwab, Leo Rosenberg (1879—1963), in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler: eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen/1, 2007, S. 373, 381; Engisch, Zum 100. Geburtstag Leo Rosenbergs, ZZP 92 (1979), 1 ff.

[38] Althammer, a.a.O., S. 55 ff.; Schwab, a.a.O. (1954), S. 28 ff.

[39] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018. 该书2004年第16版译本，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。

[40] Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1929, § 87 II 2 (S. 252).

[41] Id., § 87 II 1 a, b (S. 250).

[42] Id., § 87 II 2 a β (S. 253).

[43] Id., § 87 II 3 a α (S. 255).

[44] Id., § 87 II 1 b c (S. 250 f.).

价款请求权和在买卖合同不成立或者无效时要求返还标的物时,诉的声明为多数,而在分别基于借款和本票、买卖和债务承担的金钱给付请求权的竞合中,或者在基于所有权或租赁关系的返还请求权的竞合中,案件事实为多数,这些情况都构成多数的诉讼标的。^[45]在上述案件事实为多数但诉的声明单一时,可以提起选择性诉的合并,比如基于在不同日期签订的三份合同、主张的同一份损害赔偿。^[46]

与在给付之诉中相同,原告在确认之诉中对法律关系的定性也被认为只是通过简短“贴标签”的方式,提出了案件事实中的主要事实。但是,如果法官的定性(委托合同)与原告在诉的声明中的请求(确认买卖合同)不同,那么倘若原告在法官行使释明权后仍然不变更诉的声明,就只能驳回诉讼请求。^[47]换句话说,确认之诉的识别单纯根据诉的声明中对某项法律关系的确认而定,不能扩张到当事人未请求的其他法律关系(即使是合同定性问题)。同时,由于法官有权审查所有的物权产生或者取得原因,所有的这些原因都可能被认定权利人不享有权利的判决所享有的既判力排除,这种判决包括积极确认之诉中的败诉判决和消极确认之诉中的胜诉判决。在积极确认之诉中,原告也不能将其请求限定于所有权取得的具体原因,即法律关系的要素。^[48]而在形成之诉中,只要不同权利基础(形成理由)的法律效果相同,就属于法官自行认定的范围。不过作为例外,虽然案件事实可能同时满足通奸(§ 42 EheG 1946)和严重婚姻过错(§ 43 EheG 1946)的法律构成要件,但是由于前者涉及刑事责任(§ 172 StGB a.F.)以及其他方面的后果,当事人应当享有限定某一构成要件的选择权。^[49]

最后需要注意的是罗森贝克对判决既判力的解读。他认为,生效判决仅在法院裁判的实体请求权的范围内产生既判力。如果裁判仅针对请求权竞合(而非法条竞合)中的某一个实体请求权,对于其他未经裁判的请求权仍然可以另行起诉。在前诉判决驳回诉讼请求时,当事人自然可以就余下的请求权起诉;而在前诉判决已经支持当事人的诉讼请求时,当事人则只能在具有确认利益的前提下提起确认之诉,或者在已被裁判的实体请求权的本来范围大于法院在前诉中支持的诉讼请求的范围时,提起给付之诉。^[50]

(二) 1949年第4版教科书

在第3版出版近二十年之后的第4版中,罗森贝克主要参考尼基施的观点,对他的学说做了第一次大的调整,其中明显地降低了案件事实识别诉讼标的中的作用。此时诉讼标的是“在诉的声明中被提出的并且在必要时通过案件事实说明的权利主张”。^[51]这样,除了这一版(例外地)将诉讼标的的定义从要求说改为权利主张说之外,他也改为主张在判断权利主张或法律后果主张时,主要的标准就是诉的声明。只有在诉的声明需要说理时,案件事实(历史事实)才能成为识别

[45] Id., § 87 II 3 a β (S. 255).

[46] Id., § 92 III 2 a (S. 286).

[47] Id., § 87 II 1 c (S. 251).

[48] Id., § 87 II 2 b γ (S. 254). 而在消极确认之诉中,原告根本不会提这样的限定性请求。

[49] Id., § 87 II 1 c (S. 251). 直至第9版罗森贝克都持此观点。Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 6. Aufl., 1954, § 88 II 1 c β (S. 394 f.); Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., 1961, § 88 II 1 c β (S. 420). 当时学界对这个问题存在较大分歧,参见 Hoffmann/Stephan, Ehegesetz, 2. Aufl., 1968, §§ 41 Rn. 39 ff., 106 f., 43 Rn. 3 (作者以法律事实为识别诉讼标的的标准)。

[50] Rosenberg, a.a.O. (1929), § 87 II 3 c (S. 256 f.).

[51] Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., 1949, § 88 II 2 (S. 372).

要素。此时他将请求权原因和诉的原因等量齐观(但将证书诉讼中的特别法规定视为例外),判断诉讼标的是否为多数的标准只有诉的声明的数量,案件事实是否为多数则不再发挥影响(这里删掉了同一声明、不同事实的情况)。^[52] 在确认之诉中,他也开始主张作为确认对象的法律关系已经通过诉的声明中的权利主张个别化,因此不再需要事实因素的说理。^[53] 这样看,在第4版中罗森贝克转而支持了前述尼基施的观点。

在给付之诉的双重起诉和诉的变更上,他仍然坚持多个案件事实能够导致不同诉讼标的的存在。^[54] 在既判力方面,他也认同了前述尼基施的观点,转而认为在请求权竞合时,即使法官仅就一个法律观点做出裁判,当事人也将受到既判力的约束而不得另诉。例外主要在于,法院对该实体权利没有管辖权或者案件中存在多个案件事实(比如涉及借款和本票的交易)的情形。^[55] 由此可见,由于对案件事实的重视程度不同,此时罗森贝克的学说在判断诉的合并的标准与判断双重起诉、诉的变更和既判力范围的问题上并不统一。^[56]

(三) 1954年第6版教科书

五年之后,罗森贝克部分由于指导门生施瓦布的教授资格论文,再一次改变了自己的观点。^[57] 无论是认为老师在指导中被学生的观点说服、师生在交流中达成一致还是各自达成相同结论并发表在自己的作品中,我们都很难追溯历史时空中教学相长的具体过程与特定思想火花迸发的四维坐标。至少能确定的是,罗森贝克观点的变迁被忠实地记录下来。从教材第6版开始,罗森贝克完全采取了施瓦布力主的诉讼法一支说,诉讼标的的定义被改为“对法律后果能发生既判力的、确定的要求,同时以提出的诉的声明为特征”。^[58] 此时识别标准就单纯是诉的声明,案件事实只能作为诉讼请求权个别化的工具,比如区分数额相同的两项借款,而不再直接影响诉讼标的的数量的认定。与前述第4版不同,他现在明确表态,即使案件事实为多数时,比如涉及借款和本票的情形,也只构成同一个诉讼标的。^[59]

在禁止双重起诉和诉的变更上,他贯彻了这一方向性转变,主张在不同案件涉及相同诉的声明和多个案件事实时,只存在同一个诉讼标的。^[60] 但是,这种调整并不影响他在既判力方面的认识,即不同案件事实不受到既判力的约束。^[61] 由此可见,罗森贝克在本版教材中的理论框架仍然容许例外规则的存在。^[62] 此外,在确认之诉中他开始认为诉的声明并不足以使法律关系个别化,只有通过作为理由一并提出的案件事实,法律关系才能够个别化。^[63]

[52] Id., §§ 88 II 1 b (S. 368), 2 b (S. 372 f.), 3 a β (S. 374), 93 I 1 (S. 408 f.) (诉的客观合并)。

[53] Id., § 88 II 1 c (S. 370)。

[54] Id., § 88 II 3 b (S. 374 f.)。

[55] Id., § 88 II 3 c (S. 375 f.)。

[56] Hesselberger, a.a.O., S. 156 f., 164; Schwab, a.a.O. (1954), S. 32 ff.

[57] 罗森贝克观点的改变是在施瓦布发表以诉讼标的为题为的教授资格论文之后、刊印之前进行的。Schwab, a.a.O. (1954), S. 28 Fn. 3.

[58] Rosenberg, a.a.O. (1954), § 88 II 2 (S. 395)。

[59] Id., §§ 88 II 2 (S. 395 f.), 93 I 1 (S. 430)。

[60] Id., § 88 II 3 b (S. 397 f.)。

[61] Id., §§ 88 II 3 c (S. 398 f.); 150 III 2 (S. 711)。

[62] 要求对诉的合并、诉的变更、禁止双重起诉和既判力的客观范围适用统一标准并批评尼基施和罗森贝克的观点: Hesselberger, a.a.O., S. 164 (但尼基施在给付之诉中是统一但矛盾的,在形成之诉中是不统一的)。

[63] Rosenberg, a.a.O. (1954), § 88 II 1 c β (S. 394)。

值得注意的是,在第9版教科书(罗森贝格本人修订的最后一版)中,他又改回了前面第4版的观点。^[64] 尽管如此,第6版的变化仍然值得注意,这也从一个侧面标志了施瓦布推崇的一分支说正式进入主流话语体系。

四、大道至简:尽可能精简化的一分支说

(一) 概念:定义及识别标准

无论是从前述罗森贝格被其门生说服的“佳话”还是门生本人在20世纪德国民事诉讼法学历史中的重要地位,施瓦布的学说都不可不提。自他于1954年发表的博士论文开始,他将诉讼标的定义为“在诉的声明中记载的、对裁判的要求”,^[65]对不同的诉的类型都采取以诉的声明为唯一识别标准的一分支说。^[66] 案件事实不再成为诉讼标的的要素,其作用仅在于作为解释工具,区分本质上不同的诉的声明,比如两笔数额相同但指向两项不同给付的借款,还比如指向不同债务的两项保证或者一项借款及债务承认。^[67] 区别于尼基施的观点,确认、给付和形成的权利保护形式也被包含在诉的要求之中。^[68]

对于施瓦布而言,出于完善其理论体系的考虑,最需要妥善处理的案件类型是涉及多个案件事实、多个实体请求权及同一诉的声明的情况,即前述涉及借款和本票或者借款和债务承认的、可能构成民法上双重给付的情形。此时,他只承认存在一个诉讼标的。^[69] 当然,脱离其论述一般地看,施瓦布的上述观点并非其主张的一分支说在理论上的必然结果。原因在于,一分支的核心在于诉的声明作为识别标准,而诉的声明的同一性判断很大程度上取决于是否在解释诉的声明时考虑案件事实的数量。在前述涉及借款和本票法律关系的案件中,即使贯彻一分支说,论者也可以同样认定存在两个不同的案件事实,并且借此主张存在两个不同的诉的声明,只不过此时背后的实体法利益是相同的。比如,学者可以认为,实体法请求权和诉讼标的均为多数,只不过在针对同一给付义务履行的诉讼标的之间,存在功能上的相互联系。^[70] 而对于以违约和侵权竞合的电车案件为例、涉及单一案件事实的请求权竞合案件,施瓦布则遵循诉讼法说的一般观点,即当事人对实体请求权没有处分权,而是应当遵循“法官知法”原则,由法官自行决定其裁判依据的法律观点。^[71]

在德国的学术传统中还要看到,施瓦布所持的法学方法论也是广泛争议的对象。他坦诚地指出,立法之初尚没有诉讼法意义上的诉讼标的概念,诉讼标的尚未能与(随后经《德国民法典》正式

[64] Rosenberg, a.a.O. (1961), § 88 II 1 c β (S. 419).

[65] Schwab, a.a.O. (1954), S. 191.

[66] Schwab, a.a.O. (1954), S. 87 ff., 109 ff., 123 ff. 虽然仅从概念上看,一分支说也可能是以案件事实为识别标准,不过一般所使用的一分支说概念都是以施瓦布为代表、以诉的声明为识别标准。

[67] Schwab, a.a.O. (1954), S. 89, 109. 批评者主张此时一分支说仍然把案件事实作为识别标准。Lüke, Zur Streitgegenstand Schwabs, in FS für Karl Heinz Schwab, 1990, S. 309, 314; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 203, 249; Nikisch, a.a.O. (1955), S. 278 f. 对此的辩护和回应: Hesselberger, a.a.O., S. 191 ff. (并强调这甚至体现了一分支说与实体法思路的关联,即对实体法上给付数量的考量); Schwab, Noch einmal: Bemerkungen zum Streitgegenstand, in FS für Gerhard Lüke, 1997, S. 793, 796 f.

[68] Schwab, a.a.O. (1954), S. 186 ff.

[69] Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, § 96 III 2, 3.

[70] Zöllner/Vollkommer ZPO, 33. Aufl., 2020, Ein. Rn. 68.

[71] Schwab, a.a.O. (1954), S. 101.

确立的)实体请求权相分离。因此,理论家在发展诉讼标的理论时,不宜过多执着于《民事诉讼法典》的法条原文。^[72] 不过从其理论展开中可以看出,这种与文义解释方法保持距离的态度只是一种基本立场,在具体观点上他的解释仍然尽可能贴近法条原意。^[73]

(二) 驳论: 诉的合并的类型

从驳论角度看,施瓦布逐一否定了关于诉的合并的不同理论解释进路,以下对他的思路分别加以简单介绍。总的来说,他的主要落脚点在于诉的合并的逻辑后果,即存在多个不同的裁判,这些裁判很可能在内容上自相矛盾。而从司法所追求的价值来看,矛盾是不可接受的。

首先被挑战的是诉的重叠合并(kumulative Klagenhäufung)。此时两个诉平行提出不存在先后或者择一提出的关系,法院仍然需要做出两份裁判。于是,在两个诉都有理由时,就面临和前述实体法说相同的重复裁判和确认之诉缺乏确认利益^[74]的问题,或者为了避免重复裁判,则可能构成仅就一个诉裁判的漏判问题。在只有一个诉有理由时,法院则需要做出结果相反的两个裁判。而在两个诉的诉讼请求均应被驳回时,法官事实上也只会做出一个裁判(以驳回诉讼请求为主文),从理论上要求法官同时做两个驳回诉讼请求的判决,或者从表面上的一个驳回诉讼请求的判决中解释出两个诉讼标的,都不合常理。在部分判决、认诺、撤诉以及诉的分离等方面,施瓦布同样认为存在相同的不合理之处。^[75]

其次被批评的是诉的预备合并(eventuelle Klagenhäufung)。除了质疑在诉的声明同一时可否提出预备合并之外,他认为预备合并仅在主请求被支持时不存在问题,因为在支持主请求的判决发生既判力时,后位声明的诉讼系属随之消灭。但是在主请求被驳回时,后续程序运作则存在疑问。施瓦布认为,无论此时对主请求应否做出部分判决(他本人认为应当),法官都需要在一个诉讼程序中,对同一诉的声明做出主文相反的两个裁判,即比如对于原告提出的五千万的给付请求,在先位之诉中驳回诉讼请求,在备位之诉支持诉讼请求。此时也不能对主请求做出诉讼判决,因为法官不能由于主请求中诉无理由就认定诉不合法,从而溯及地使主请求的诉讼系属状态消灭。在这种情况下,由于主请求诉讼系属与否将取决于最终的实体裁判结果,显然存在理论缺陷。^[76]

再次被攻击的是诉的选择合并(alternative Klagenhäufung)。由于选择合并通常不能满足“诉的声明应当明确”的要求,所以通说将选择合并限定在实体法上的选择之债(§ 262 BGB)、代替权(Ersetzungsbefugnis)(§§ 251 II S.1, 249 II BGB)以及代物清偿(§ 364 I BGB)这三种有限的例外类型中,^[77]即同时涉及多个不同的实体给付而非不同的实体权利或案件事实的情况,此时涉及多个诉讼请求权及多个法院裁判。相反,在请求权竞合的情况下只涉及同一项给付,因此法院只

[72] Schwab, a.a.O. (1954), S. 5; Hesselberger, a.a.O., S. 173 ff.

[73] 批评观点: Althammer, a.a.O., S. 197 f.; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 60, 107 (批评其解释思路是危险的); Nikisch, a.a.O. (1955), S. 277 ff. (从法条原意出发的解释)

[74] 因为确认之诉缺乏确认利益,所以将通过诉讼判决被驳回。于是,此时将仅存在一个诉,在理论上即不存在重叠合并的可能性。

[75] Schwab, a.a.O. (1954), S. 76 ff.

[76] Schwab, a.a.O. (1954), S. 81 ff.

[77] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 98 Rn. 24 f. 由于当事人在其他情况下只能就一个案件事实提出一个诉的声明,因而认为只有涉及民法上的选择权时才可选择合并的不同意见(即包括债权人选择权的情形); Thomas/Putzo/Seiler, 40. Aufl., 2019, § 260 Rn. 7. 因为债权人在诉的声明中必须选择,因而进一步限缩到只有债务人有选择权的情形; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl., 2020, § 260 Rn. 23 f.; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 260 Rn. 10.

可能做出一个裁判。而且,为了使法官可以支持任一个诉,两个处于选择关系的诉在起诉时都应当构成诉讼系属;而为了可以驳回任一个诉,他们都需要附上一个在另一个诉被支持时就成就的解除条件。如果法官此时认为两个请求都有理由,就意味着在结果上应当同时支持A诉和B诉。但是,支持A诉是解除B诉的条件,反之亦然。于是,此时两个诉的解除条件同时成就,A诉和B诉的诉讼系属应当同时消灭,从而与前述应当同时支持A诉和B诉的结论相矛盾。^[78]施瓦布认为这里当然也可以调整解除条件的内容,即在本案中诉讼请求被法院驳回或者本案由于法院已经支持另一诉而未被审查,本案中的诉讼系属状态消灭。但是,在这种解除条件下,一旦法院同时驳回两个诉,那么两个诉同样将因为成就解除条件,不再构成诉讼系属。此外,如果不给两个诉附上解除条件,那又只能构成重叠或预备合并。^[79]

值得注意的是,施瓦布在后期似乎更换了其反驳选择合并的思路。针对哈布沙伊德和吕克(Lüke)主张选择合并的观点,他只从当事人仅请求单一给付但却需要承担双重费用的角度加以论证。^[80]而德国法目前的通说则认为,此时只需以一个实体请求权计算诉讼标的额和诉讼费用,数额根据哪一方有权选择有所不同。^[81]易言之,上述问题可以通过关于诉讼费用的特别规定解决,并不一定影响诉讼标的理论的选择。

这样,由于支持两个诉讼标的并构成诉的合并的理论可能性被一一否定,施瓦布认为在涉及两个案件事实/生活事实时,实际上也只能存在单一诉讼标的。^[82]

(三) 软肋: 既判力客观范围

1. 裁判的本质的概念的提出

在诉的变更和禁止双重起诉中,施瓦布认为唯一的识别标准仍然是诉的声明,事实因素只能作为解释诉的声明的素材。^[83]与此不同,既判力的客观范围则相对复杂。虽然从篇章体例上看,这是施瓦布的博士论文重点处理的内容,但是既判力问题一般被认为是一分支说的软肋所在。^[84]施瓦布认为,无论是在法院支持还是驳回诉讼请求的判决中,当事人根本无从得知裁判所涉及的实质内容。这样,他就提出了裁判的本质(Wesen der Entscheidung)或者说裁判的核心内容的概念,并主张其由裁判中的本案事实、裁判理由和裁判主文三部分共同组成,但是只有其中的结论/

^[78] 尼基施对此的回应是,法官只要认定一个诉有理由就可以结束诉讼了,因此不会同时认为两个诉都有理由,进而也不必如施瓦布般调整解除条件的内容。Nikisch, a.a.O. (1955), S. 288.

^[79] Schwab, Besprechung von W. J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 71 (1958), 155, 159; Schwab, a.a.O. (1954), S. 84 ff.; Hesselberger, a.a.O., S. 178 f., 215 ff.

^[80] Schwab, a.a.O. (1997), S. 795 f.; Schwab, a.a.O. (1958), S. 159. 我国类似角度的讨论,参见张卫平:《论诉讼标的及识别标准》,载《法学研究》1997年第4期,第57页。相反将双重收费的正当性归结于当事人的处分权的观点: Henckel, a.a.O., S. 289 Fn. 130; Nikisch, a.a.O. (1955), S. 285.

^[81] Thomas/Putzo/Hußtege, a. a. O., § 3 Rn. 169; MüKoZPO/Wöstmann, a. a. O., § 5 Rn. 27; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl., 2020, Anh. § 3 Rn 137.

^[82] Schwab, a.a.O. (1954), S. 86 f. 在施瓦布的理由之外,赫塞尔伯格(Hesselberger)还认为如果当事人在不同法院起诉时,由于在选择合并说下此时构成不同的诉讼标的而不构成双重起诉,因此该说也不能很好解决实际问题。Hesselberger, a.a.O., S. 217.

^[83] Schwab, a.a.O. (1954), S. 104 ff., 116 f., 123 ff.

^[84] Althammer, a.a.O., S. 62 f.; Lüke, a.a.O., S. 310, 320; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 63 ff.; Nikisch, a.a.O. (1955), S. 280 f.

主文部分才能发挥既判力。^[85] 易言之,诉讼标的是裁判的对象,但是却不能确定裁判的内容。裁判的本质的功能是确定裁判的内容。^[86]

虽然诉讼标的与裁判标的同一,但是既判力的客观范围取决于裁判的本质,后者需要考虑事实因素并且在某些情况下可能小于前者,这样才能达到限制既判力的范围的目的。^[87] 首先就既判力在量上的限制而言,无论是当事人仅主张权利的一部分还是法院仅就部分请求做出部分判决,诉讼标的都仅在其量的范围内受到既判力的约束。^[88] 但是,无论法院是在仅涉及单一案件事实的请求权竞合案件中遗漏了某个实体请求权,还是在涉及多个案件事实时没有审查某个案件事实,都不影响裁判在诉的声明的范围内发生既判力。遗漏本身只构成裁判错误,因而应当通过审级制度救济。^[89] 与此相配套,施瓦布主张允许牵连管辖,即在请求权竞合时,即使案件是按照侵权行为地确定的管辖法院,法院也可以审查其他请求权基础。^[90]

在仅涉及同一诉的声明时,^[91]对原告未能在前诉中提出的,但是在最后口头辩论期日前已经存在的案件事实的处理涉及生效判决的排除效,讨论的重点仍然主要在于被认为存在两个独立的案件事实的情形。^[92] 在施瓦布看来,既判力的范围取决于前述裁判的本质,即诉讼材料所涉及的范围,而不是法官本应裁判的假设。^[93] 就这一问题,从理论上既可以主张所有上述事实都不得提出的一般原则(第一种方案),又可以提议任何与前诉中的诉讼资料相冲突的主要事实都不得提出(第二种方案),还可以设想原告在前诉口头辩论期日终结之前已经或者应当知道的事实不得提出(第三种方案)。他认为,虽然第三种方案下的诉讼结果最为合理,但是从德国法规范解释出发,最终还是应当选择第二种方案。^[94] 同时,他主张上述事实排除效属于既判力的效果,因此也不涉及在前诉口头辩论期日终结之后才存在的(新)事实。不过,在有特别法规定的例外情况下,基于在

[85] Schwab, a.a.O. (1954), S. 144 ff. 在持二分支说的哥特瓦尔德续写的教材中仅在标题处将“本质”改为“内容”(正文中并未调整),也可提示二分支说与一支说形式上的差异。Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., §§ 93 Rn. 15, 154 Rn. 6 ff. 关于德国判决书的内容,参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,载《中国法学》2015年第4期,第230—236页。对于裁判理由发挥既判力的可能性的较新讨论,见前注[1],严仁群文,第548—554页。

[86] 类似区分裁判对象和内容的观点:Lent, Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72 (1959), S. 63, 64 (区别“是什么”和“怎么样”,例如在支持和驳回诉讼请求是诉讼标的相同,但是内容相反); Henckel, a.a.O., S. 293.

[87] Schwab, a.a.O. (1997), S. 797 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (1986), § 154 I 1 (S. 978 f.); Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 1969, § 154 I 1 (S. 802 f.); Schwab, a.a.O. (1954), S. 180; Hesselberger, a.a.O., S. 194 f. 虽然施瓦布在早期行文中也曾表达过相反的观点,即裁判标的(而不是既判力范围)受到诉讼资料范围的限制[Schwab, a.a.O. (1954), S. 162],但是参照其他论述只能理解为此处系笔误。

[88] Schwab, a.a.O. (1954), S. 148 f.

[89] Schwab, a.a.O. (1954), S. 151 ff.

[90] Schwab, a.a.O. (1954), S. 154 ff. 这一主张在之前就已经成为有力说:Nikisch, a.a.O., S. 156 ff.; Rosenberg, a.a.O. (1929), § 32 II 2 (S. 88). 但伦特则主张应依实体法确定:Lent, Zivilprozessrecht: ein Studienbuch, 9. Aufl., 1959, § 37 IV (S. 105). 目前的通说已经采纳了在合同和侵权请求权竞合的案件中的牵连管辖。BGHZ 153, 173 = NJW 2003, 828, 829 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 36 Rn. 59. 之前否定牵连管辖的持续性通说:BGH NJW 1986, 2436, 2437; RGZ 27, 385, 386 f.

[91] 即排除效仅适用于诉讼标的同一的情况。Schwab, a.a.O. (1954), S. 167.

[92] Schwab, a.a.O. (1954), S. 154, 158 ff. 对于持二分支说的学者而言,由于案件事实不同导致诉讼标的的不同,自然也可以提起新诉,但是理由则与施瓦布后述的解释不同。

[93] Schwab, a.a.O. (1954), S. 161 f.

[94] Schwab, a.a.O. (1954), S. 165 ff.

性质上不属于既判力的特别排除效(rechtskraftfremde Präklusion),新提出的事实即使不与前诉的诉讼资料相冲突,也不能提出。^[95] 理由在于,施瓦布认为应当保持第三种方案对应的德国法规范[§§ 616 ZPO a.F., 767 III ZPO, 17 Mieterschutzgesetz 1923 (v. 01.06.1923, RGBl. I, 353), 54 PatG 1936 (v. 05.05.1936, RGBl. II, 117)(§ 145 PatG n.F.)]的特别法属性并遵循立法原意,不宜将其推广到所有案件中。^[96]

施瓦布的上述分析曾经得到过德国实务界认可。^[97] 但是,在认可事实排除效属于既判力范围的内容之外,德国通说目前对事实理解的范围则比施瓦布的学说更宽,强调客观自然观察的角度,并且与当事人的实际陈述或者陈述可能性无关。^[98] 在施瓦布看来,这种较为广泛的通说认识已经超出了既判力的范围,而应当被归入前述不属于既判力的特别排除效。^[99] 就此而言,他的门生哥特瓦尔德则持相反观点并指出,如果从施瓦布提出的存在冲突的角度定义的话,则可能同时存在过宽(有可能超出诉讼标的的范围)和过窄(受制于前诉中勤勉程度不同的法院实际上对事实认定水平的高低,且无法涵盖本不必撰写裁判理由的几种类型的裁判)的问题。^[100]

2. 不同诉讼类型中的既判力

就给付之诉的裁判结果而言,施瓦布的一分支说与二分支说并无二致。对于分别针对数额相同但是成立时间不同的两份保证合同的两个诉讼来说,案件事实不相同,因此后诉不会落入前诉判决既判力范围之内。^[101] 当然,此时依施瓦布的学说,两案的诉讼标的本就不同,因此按其学说也不应涉及既判力排除效的问题。而在借款和本票的案例中,原告提出的不同的案件事实虽然属于同一诉讼标的,但是同样不受到既判力规则的约束。此时,原告在先以本票为原因事实败诉之后,还可以以同一诉的声明和买卖合同提起后诉,因为前后诉之间的案件事实并不相互冲突。^[102] 同样的,在原告向遗产占有人主张返还请求权的纠纷中,无论是主张在被继承人在世时已经移转所有权还是作为其唯一继承人享有所有权,都构成同一诉讼标的,因此不构成诉的合并和变更,禁止双重起诉。^[103] 但是如果基于生前转移所有权的诉讼在先,那么主张继承的后诉的案件事实并不与前诉相冲突,因而不受既判力范围的约束。^[104]

在确认之诉中,这里则与前述罗森贝克在第4版教科书中所持的观点和尼基施的学说不同,即只审查诉的声明是否同一。比如,施瓦布主张在钟表所有权确认之诉中,当事人可以分别基于不同所有权取得原因重复起诉。他认为,原告可以先主张通过物权移转取得所有权,从而请求确认其所有权。在该诉败诉并且判决产生既判力之后,原告仍然可以在遗产继承中取得所有权为由再次起诉。此时与前述给付之诉中的情况相同,前后两个确认之诉中的案件事实不发生冲突,

[95] Schwab, a.a.O. (1954), S. 165 ff., 170 ff., 179 ff.

[96] 相关讨论,亦见: Hesselberger, a.a.O., S. 186 ff.

[97] BGHZ 98, 353 = NJW 1987, 1201, 1202 f.

[98] BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252, 1253; BGHZ 123, 141 = NJW 1993, 2684, 2685; BGH NJW-RR 2008, 762. Tz. 15; MüKoZPO/Gottwald, a.a.O., § 322 Rn. 142 ff.

[99] Schwab, a.a.O. (1997), S. 799.

[100] MüKoZPO/Gottwald, a.a.O., § 322 Rn. 148.

[101] Schwab, a.a.O. (1954), S. 172.

[102] Schwab, a.a.O. (1954), S. 172 f.

[103] Schwab, a.a.O. (1954), S. 88, 109, 125.

[104] Schwab, a.a.O. (1954), S. 173.

因此后诉不受前诉判决既判力的约束。^{〔105〕} 与此相反,如果主张通过物权移转取得所有权的前诉认定了原告已经自主占有钟表十年以上的事实,那么原告则不能另诉主张基于时效取得,因为这里只涉及对原告事实的不同法律评价。由于法院本应在前诉中一并审查时效取得问题,时效取得也进入了前诉判决的既判力范围,所以当事人不能就此提起新诉。^{〔106〕}

不过也许值得对比的是,施瓦布在确认之诉的合并、诉的变更和禁止双重起诉的场合中则主张,当事人主张不同取得原因(物权转让和时效取得)虽然构成不同的案件事实,但是其变化不影响诉讼标的的识别。此时仅构成一个诉讼标的,因为诉的声明都是确认对同一物的所有权。^{〔107〕} 对比前述就排除效的分析可知,施瓦布认定案件事实数量的标准似有不明确之处。在排除效中,物权移转的事实包含时效取得的事实,否则不会构成前述对同一事实的不同评价;而在其他三项诉讼标的的试金石中,两个事实是相互独立的。易言之,在面对同一案情的两种情况下,施瓦布分别认为存在一个和两个案件事实。部分原因可能在于,案件事实施瓦布的理论体系中并没有决定性作用,不影响诉讼标的的识别。同时也可看出,在施瓦布的理论中,案件事实的不确定性不同于一般诉讼法二分支说中生活事实的不确定性。

在形成之诉中,施瓦布认为也应当适用类似规则(即上述第二种方案)。在前述特别法设定特别排除效的情形下(§ 616 ZPO a.F.),如果从诉的声明中可以解释出离婚或者撤销婚姻的不同意思,那么就应当视为预备合并。不同的离婚理由当然不影响诉讼标的的识别。^{〔108〕} 不过,施瓦布在诉的合并的场合又指出,原告有权通过选择审理对应不同离婚理由的案件事实来限制请求权基础,比如通奸和严重婚姻过错。在理论上,这一争议很大的问题被概括为就事实而言的“原告的处分权能”(Dispositionsbefugnis des Klägers)。此时诉讼标的仍然只有一个,但是他此时故意将一个历史事实(比如丈夫与第三者偷情的行为)解释成两个案件事实,似乎例外地采取了受实体法剪裁的“法律事实”的解释。他进一步将当事人选择权的适用范围扩展到离婚或撤销婚姻以外的领域,比如基于所有权移转和取得时效的对物的所有权的确认之诉,此时不同请求权基础对应的案件事实(可能)相互排斥,那么当事人可以以选择甚至重叠的方式,为同一诉的声明提供多重理由。^{〔109〕}

五、集大成者：持二分支说的代表性理论

(一) 以权利主张为核心的二分支定义

不同于前述主张二分支的学者都有“改头换面”的“劣迹”,哈布沙伊德是二分支说坚定的捍卫者。在自教授资格论文发表以来的几十年间,他通过有力的论证和辩护,使案件事实终于获得了与诉的声明平起平坐的机会,因而他也被认为是二分支说最著名的代表人物。^{〔110〕} 在坚持统一诉

〔105〕 Schwab, a.a.O. (1954), S. 174. 与此不同的是,施瓦布认为在原告分别依代理权和自己权利请求返还特定物时,可以通过不同的案件事实解释出两个诉的声明,因此本身即两个诉讼标的。Schwab, a.a.O. (1954), S. 92.

〔106〕 Schwab, a.a.O. (1954), S. 174.

〔107〕 Schwab, a.a.O. (1954), S. 94, 114, 128.

〔108〕 Schwab, a.a.O. (1954), S. 97.

〔109〕 Schwab, a.a.O. (1954), S. 98 ff.; Schwab, a.a.O. (1958), S. 157. 类似的认为此时事实可分的观点: Henckel, a.a.O., S. 287. 认为此时经常无法限制案件事实,因此只能依靠具体的法律后果主张加以限定的批评意见: Habscheid, a.a.O. (1956), S. 212 f.

〔110〕 Althammer, a.a.O., S. 57. 从部分最高法院判决在介绍二分支通说时的文献引用也可见一斑: BGHZ 183, 77 = NJW 2010, 2210, 2211, Tz. 10; BAGE 103, 20 = NJW 2003, 1412, 1413.

讼标的概念的基础上,^{〔11〕}他认为诉讼标的是“在诉讼程序中,应当以特定生活事实为理由,就被要求的法律后果宣判的、原告的权利主张”。^{〔12〕}

这样,定义中的识别标准就包括了权利主张(Rechtsbehauptung)和生活事实。其中,前者主要来自诉的声明并在必要时应当参考诉的理由解释,更需要结合对应权利保护形式的程序主张(Verfahrensbehauptung)和通常处于抽象状态的法律后果主张(Rechtsfolgenbehauptung)。^{〔13〕}相应地,通过事实主张和证据满足法律后果主张属于当事人的任务,不过当事人不能限制法官裁判事实的范围。^{〔14〕}

可见,在诉讼标的的定义上,哈布沙伊德选择以权利主张而不是诉的要求为落脚点,但同时也吸收了施瓦布对权利主张说的批评。一方面,他站在(实体法说盛行时代起草颁行的)立法原文的角度,认为只有权利主张才能适应语言使用的习惯,而且法律后果也必然只能发生于当事人之间。^{〔15〕}另一方面,他通过引入程序主张的概念,也将权利保护形式纳入了诉讼标的的定义,这样就扩展了尼基施的既有学说。^{〔16〕}

(二) 法律后果主张与生活事实的识别

1. 法律后果主张的原则与例外理解

在诉讼标的的识别上,前述提及的法律后果主张和生活事实的概念都需要进一步澄清。就前者而言,法律后果主张在哈布沙伊德的理论体系中一般是抽象的,即直接对应诉的声明。但是,在例外情况下,法律后果主张也可能是具体的,即对应特定实体权利,从而将比如对应具体金钱给付的一个诉的声明切割为不同的审判单位。^{〔17〕}

一方面,这种例外可能源于法律的特别规定。比如在涉及特殊地域管辖的案件中,哈布沙伊德否定适用牵连管辖的可能。^{〔18〕}他认为,即使原告明确希望由侵权行为地法院审查合同项下的请求权基础,也不能扩张地解释管辖权概念。^{〔19〕}由于缺乏管辖权,此时原告也不得在诉讼过程中变更诉讼标的(这里就是更换实体法请求权基础),除非被告的意思表示既可以满足协议管辖的要求,又能构成诉的变更规则要求满足的被告同意要件。^{〔20〕}

另一方面,上述例外也可能源于当事人的意思。在抽象的法律后果主张涉及多个存在内容差

〔11〕 Habscheid, Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, in: FS Schwab, 1990, S. 181, 188 ff., 195.

〔12〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 234.

〔13〕 正是从这个角度也可以将其观点视为三支说。Hesselberger, a.a.O., S. 196, 213. 国内相似理解,见前注〔8〕,卢佩文,第74页;见前注〔9〕,段厚省书,第42页。

〔14〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 221 f.

〔15〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 136 ff., 146 f. 尼基施就此的观点: Nikisch, a.a.O. (1955), S. 271 ff.; Nikisch, a.a.O. (1935), S. 49 ff.

〔16〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 138 ff. 这里还包括诉的合法性要件: Habscheid, a.a.O. (1956), S. 147 ff. 批评权利主张说在概念上无法包含权利保护形式,并质疑对于诉的合并等程序问题来说,主张在诉讼标的的概念中包括合法性要件的实际意义: Schwab, a.a.O. (1958), S. 156; Hesselberger, a.a.O., S. 212 f.

〔17〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 222.

〔18〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 154 ff.

〔19〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 161 f. 亨克尔(Henckel)在这里反对以部分(诉讼)判决驳回不满足特殊地域管辖的法律观点,并认为此时并不因特别法限制诉讼标的: Henckel, a.a.O., S. 278 ff.

〔20〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 165 f. 相反观点则认为此时只涉及管辖权约定,而与诉的变更中的被告同意无关。Hesselberger, a.a.O., S. 212 f.; Henckel, a.a.O., S. 273 & Fn. 68.

异的实体权利时,原告例外地也可以选择对应特定实体请求权的具体法律后果主张。^[121] 哈布沙伊德将这种权利归因于当事人有限的处分权,并以权利保护利益为行使处分权的条件。在他看来,只要涉及的实体权利效果不同,权利保护利益就应被视为存在。^[122] 比如在施瓦布讨论过的婚姻解除的案件中,由于通奸和严重婚姻过错的法律效果不同,法官应当受到原告对离婚理由的处分权的约束;相反在违约和侵权请求权竞合的电车案件中,不同的实体请求权只是在“质”上有所区别,在“量”上却没有区别,因此原告不得选择其法律观点。在具体程序上,原告既可以以预备合并的方式主张具体的法律效果,又可以与通常情况一样,主张抽象的法律效果。当然,在原告的主张不明确时,法官也可以行使释明权。^[123]

2. 区别于个别事实经过的生活事实

同时,生活事实始终应当成为诉讼标的的一部分。事实因素并不只在权利主张个别化时才发挥作用(这不同于尼基施的观点),而应当适用于各种诉的类型(包括涉及绝对权的诉讼)。^[124] 在哈布沙伊德的概念体系和理解上,侧重事实全貌的生活事实不同于历史事件(historisches Ereignis)或者说个别事实经过(isolierter Lebensvorgang),后者应当对应法律构成要件即所谓法律事实。^[125] 当然,即使这里的历史事件与实体法规则密切联系,哈布沙伊德也明确反对将诉讼标的的识别与实体法理由挂钩,强调不能回到罗马法将诉(actio)作为识别标准的老路上。^[126]

这样,通奸和严重婚姻过错的案件事实都是同一的生活事实,货物的预订、运输和消费乃至先合同的磋商阶段都属于与合同纠纷相关的生活事实,^[127] 支持原物返还请求权的占有、所有权或者侵权请求权基础的事实细节也都对应相同的生活事实。不过,基于社会一般认知,借款和本票以及在确认所有权之诉中所有权转移和继承则分别构成不同的生活事实。^[128] 就此而言,批评观点恰恰根据上述对生活事实的不同处理,批评哈布沙伊德学说面临边界不清的困难,^[129] 或者认为其

^[121] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 183. 批评意见则认为这实际上是对权利主张(诉讼标的)概念的选择,因此违反法律规定。Hesselberger, a.a.O., S. 213 f.; Henckel, a.a.O., S. 273 f.

^[122] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 173 ff.

^[123] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 177 ff., 182.

^[124] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 191 ff., 205.

^[125] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 210, 212.

^[126] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 208 f.

^[127] 因此合同有效时的价款返还请求权和合同不存在时的不当得利返还请求权都对应同一个案件事实。Habscheid, a.a.O. (1990), S. 187 f.; Habscheid, a.a.O. (1956), S. 206 ff., 284 ff.

^[128] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 208 ff.

^[129] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., vor § 253 Rn. 24; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 116, 149; Althammer, a.a.O., S. 530 Fn. 344; Prütting, Vom deutschen zum europäischen Streitgegenstand, in: FS Beys, 2003, S. 1273, 1276, 1281; Schwab, a.a.O. (1958), S. 157 f. 值得注意的是,也有主张旧实体法说同样面临事实范围认定困难的观点,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403—404页。对于涉及两个生活事实的情况,乔治亚迪斯(Georgiades)则批评此时认定两个生活事实不符合哈布沙伊德采取事实因素广义定义的基本思路(但是这里显然也有广义事实定义的边界问题,这种指摘说服力有限)。而且根据个案情况的不同,生活事实的数量可能有不同答案,此时只能回到立法者将两者视为不同请求权的原意[Nikisch, a.a.O. (1955), S. 284]以及安排了相应的配套制度。不同于通常涉及同一给付的情形,借款债务消灭之后并不导致票据债务消灭,而只是赋予债务人对第一手票据持有人的不当得利抗辩权(§ 812 II BGB);而在涉及后手票据持有人时,基于票据行为无因性债务人甚至无法以此抗辩(§ 17 WG)。Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967, S. 123, 237 ff. & Fn. 69; Larenz/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 21 Rn. 10. 上述原则在我国也同样可以适用(《票据法》第13条第1款)。相反回到施瓦布只承认同一诉讼标的,但是根据票据诉讼特殊性例外地可以另诉的观点: Hesselberger, a.a.O., S. 290 f.

答案实际上只是将诉讼标的识别的问题转移到生活事实的认定而已。^[130] 而他的回应则十分干脆:这种担心只不过是“纸上谈兵”(Schreibtsichargumente)。^[131]

(三) 与识别标准一致的诉的合并理论

在诉的合并中,哈布沙伊德认为只要程序主张、法律后果主张和生活事实当中任一项为多数时,就存在多数的诉讼标的,即构成诉的合并。其中,程序主张和法律后果主张决定权利主张的数量,也就直接影响了诉讼标的的数量,通常与原告提出的诉的声明直接相关。但是在例外情况下,比如当涉及两个一并提起,但是指向不同给付的买卖合同时,从表面上单一的诉的声明中也可以区分出不同的权利主张。^[132] 在一般情况下,涉及单一案件事实的请求权竞合都只构成一个诉讼标的。在例外地涉及具体法律后果主张且该主张为多数的少数情形中,虽然诉的声明在表面上唯一,但是哈布沙伊德认为此时应当构成预备合并。^[133]

同样,生活事实的数量也决定是否构成诉的合并。在涉及多个生活事实的请求权竞合中,比如对于借款和本票或者在不同时间做出、指向相同债务的保证意思表示,他认为重叠或者预备的诉的合并的问题除了权利保护利益^[134]之外,也都可能限制法官审查请求权基础的职权,并且可能导致本不必要的证据调查。对原告而言,只需要满足其给付要求即可。^[135] 因此,他主张此时应当构成选择合并。

针对如前所述施瓦布的批评,他既认为不能简单将实体法的附条件理论借鉴到程序法中,^[136] 又认为应当把原告同时提出两个生活事实、交由法院二选一(选择合并)的情况也视为能满足起诉确定性的要求,因为此时只是通过多个生活事实来支持同一权利主张而已。^[137] 这里权利主张的同一性是单纯从形式上判断的。即使原告主张两个生活事实对应着不同的实体法上的债务,也不存在问题,因为在诉讼之初无法判断实体法上的真正状态。比如,在原告基于两份不同年份做出的一千元的保证分别请求给付一千元(共两千元)时,可能客观上这两份保证对应的是同一债务/给付,因此只能判令被告支付一千元;与此相反,即使原告认为他只享有一千元的债权,法院审理的结果也可能是他对被告享有两项各一千元的请求权。^[138] 易言之,程序法无法采取如实体法般

[130] Reischl, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess, 2002, S. 214; Zeuner, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozess, in: FS Zweigert, 1981, S. 603, 617.

[131] Habscheid, a.a.O. (1990), S. 188.

[132] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 236, 249, 255 f.

[133] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 246. 由于前述权利保护利益以及不同离婚原因的法律后果不同,他认为此时不能构成重叠合并。Habscheid, a.a.O. (1956), S. 246 f.

[134] 相反认为由于不同诉讼标的相互独立,对两者都应当做出实体判决,只不过由于两者不能并存,应当驳回其中一个诉讼请求。Henckel, a.a.O., S. 291.

[135] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 251 f.

[136] 类似批评,亦见: Hesselberger, a.a.O., S. 216 f.

[137] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 252 ff.; Henckel, a.a.O., S. 291; Nikisch, a.a.O. (1955), S. 286 ff. 较新的类似观点: Götz, Die Neuvermessung des Lebenssachverhalts: Der Streitgegenstand im Unterlassungsprozess, GRUR (2008), 401, 407 f. 施瓦布同样认为,只要此时存在诉的合并,就只能采取选择合并的形式。Schwab, a.a.O. (1958), S. 159. 目前最高法院判决则(至少在竞争法和知识产权领域的不作为之诉中)否定了选择合并,但允许在同一诉讼中提起重叠合并。BGHZ 194, 314 = GRUR 2013, 401, 402, Tz. 25; BGHZ 189, 56 = GRUR 2011, 521, 522 f., Tz. 8 ff.

[138] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 256. 相反尼基施认为如果两个生活事实指向的是不同的给付,则不满足诉的确定性要求。Nikisch, a.a.O. (1955), S. 287.

的“上帝视角”，而不得不直面当事人主张的事实与法院查明的事实之间通常存在的落差与张力。

最后，因为德国法规定判决遗漏时当事人应当在送达后两周内申请补充判决，否则遗漏请求的诉讼系属自动消灭，而且只能通过提起另诉解决（§ 321 I II ZPO），^{〔139〕}所以施瓦布对于选择合并时无法合理消除诉讼系属的指责并不能成立。当然，只有在另诉涉及与原审不同的给付时，原告才能胜诉。而在只涉及相同给付时，已经获得胜诉判决或者根据两个生活事实请求都不成立的情况，都只可能面临被驳回诉讼请求的命运。^{〔140〕}

此外，在诉的变更和禁止双重起诉的问题上，哈布沙伊德采取与其他学者相似的立场，即以程序主张、法律后果主张和生活事实为识别标准，^{〔141〕}在判断双重起诉时他也否定后诉中的权利保护利益。^{〔142〕}在诉的变更中的例外是涉及慰抚金（§ 253 BGB）的情况。虽然仅涉及不同的法律观点，但是由于精神损害赔偿制度的特殊性，他仍然将其作为诉的变更对待。^{〔143〕}

（四）基于识别标准的既判力规则分类

就既判力的范围来说，讨论同样变得复杂。首先，与其他论者相同，这里讨论的生活事实都是在前诉最后口头辩论期日终结前已经存在的事实。^{〔144〕}其次，在涉及同一生活事实时，程序主张或者具体法律后果主张的不同，都可以导致诉讼标的的不同。一方面，就程序主张来说，如果前案是被驳回的确认之诉，后案是（相应的）给付之诉，那么后诉虽然不受到前诉既判力的约束，但是由于前诉既判力的积极作用，应当被驳回诉讼请求。易言之，后诉法院必须将前诉有既判力的判断作为其审判的事实基础。如果前案的确认之诉得到法院支持，那么后诉法院相应也应当在该确认判决的基础上，审判是否支持给付要求。与前两种情况相反，如果前案是给付之诉而后案是确认之诉，此时由于前诉中的程序主张包含后诉的程序主张，因此应当以诉不合法驳回起诉，即后诉受到前诉既判力客观范围的约束。^{〔145〕}另一方面，就具体法律后果主张而言，在前诉以特殊地域管辖（比如侵权行为地）为依据提起诉讼时，此时应当例外地以具体法律后果主张（而不是抽象的）为识别标准，那么仍可以根据一般地域管辖的规则，以余下的请求权基础为由起诉。不过，如果在离婚案件中原告并未明确其具体的离婚理由，那么这一案件事实满足的所有离婚理由都不得再诉。^{〔146〕}对比来看，这里涉及的例子遵循的都是相同原理：如果前诉的程序主张/法律后果主张能够包含后诉的程序主张/法律后果主张，那么应当适用既判力的排除效；反之，如果前诉程序主张/法律后果主张的范围较小，其判决的既判力就不会妨碍对应范围更大的程序主张/法律后果主张的后诉的审判。

再次，在更为常规的情况下，也就是前后诉都只涉及给付之诉中的抽象法律后果主张时，仍然应以诉的声明和生活事实为识别标准。比如，在先提起的价款支付请求权被法院以合同不存在为

〔139〕 这长期以来是德国的通说。国内相关讨论，参见曹志勋：《论民事一审漏判的更正》，载《法学》2017年第7期，第34页。

〔140〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 258 f.

〔141〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 259 ff., 268 ff.

〔142〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 280 ff. 批评意见：Henckel, a.a.O., S. 289 Fn. 130; Schwab, a.a.O. (1958), S. 160.

〔143〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 218 ff.; Habscheid, a.a.O. (1990), S. 191 ff.

〔144〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 286.

〔145〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 269 ff.

〔146〕 Habscheid, a.a.O. (1956), S. 285.

由驳回,原告随后又主张不当得利返还请求权的案件中,由于诉的声明和生活事实都为同一,故诉讼标的也同一。如前所述,后诉中涉及的、前诉中未提到的诉的理由(比如标的物事实上已被被告消费)只是个别的历史事件(即对应法律事实),并不影响生活事实的认定。^[147]同时,实体法上的评价(“质”的方面)不影响既判力的范围,而在涉及部分请求时,既判力则限于当事人行使处分权起诉的部分(“量”的方面)。^[148]

最后,哈布沙伊德试图借助施瓦布的裁判的本质的学说限缩既判力的范围,同样主张既判力的范围限于法官掌握的诉讼资料。^[149]与施瓦布不同,他将判断既判力范围的事实因素改为前诉中提出的案件事实而非生活事实,因此在前述价款支付请求权与不当得利返还请求权竞合的案件中,既判力不会排除原告提出物已被消费的案件事实。实际上,这种理解改变了诉讼标的的识别标准的统一性。^[150]不过,他认为在前诉中未提出的案件事实受到既判力以外的一般排除效(allgemeine Präklusion)的约束,该排除效以整个生活事实而非当事人陈述的事实为判断标准。因此,这些案件事实同样不能提出,于是在结果上就区别于施瓦布的观点,当事人不能就前诉中未提出又不会与前诉事实冲突的事实因素另行起诉。^[151]此外,与施瓦布的观点相同的是,他认为由于特别法的规定,在涉及多个诉讼标的时,还可能存在更为严格的排除效。此时不仅案件事实会被排除,其他诉讼标的也将面临同样命运。^[152]这样看,哈布沙伊德实际上主张应当存在三种不同的排除效,即基于既判力的排除效(Rechtskraftpräklusion)、一般排除效和特别排除效(besondere Präklusion),在看似更为精细的同时,也使自己的理论框架更难以被他人全盘接纳。

六、代结论：对我国诉讼标的讨论的启示

正如德国对诉讼标的实体法说的讨论能够直接对接我国旧实体法说的既有研究成果,^[153]作为德国通说诉讼法说的直接理论资源,尼基施、罗森贝克、施瓦布和哈布沙伊德的学说主张为我们提供了分析诉讼标的理论替代方案(如果不是更好的方案的话)的最好切入点。在外国法的语境下,与诉讼标的实体法说不同,^[154]诉讼法说不仅在理论上产生了很大影响并且为后续研究奠基,也在超过半个世纪的时间内得到德国实务界的接受,成为几乎没有例外的一致性意见,普遍适用于所有类型案件的处理。这样看,这种学说的发展流变本身就值得被当作研究的对象。与此相对,在我国,诉讼法说的主张同样有不少支持者,在不懈批评我国目前主流学说的同时,也成为事实上具有建设性的“反对派”,给出评价现行制度的参照系。甚至,未来未尝不能在此基础之上,形成具有中国特色的诉讼标的理论。至于将来的学说究竟是继续站在实体法说的

^[147] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 285 f.

^[148] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 286 ff.

^[149] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 289 f.

^[150] Hesselberger, a.a.O., S. 210 f.; Althammer, a.a.O., S. 535 Fn. 369.

^[151] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 291 ff. 这里的结果也就与在既判力方面,适用与其他领域通行的、统一的生活事实标准所达到的效果相同,即不得另诉。Althammer, a.a.O., S. 59. 批评这种区分没有实际意义的观点: MüKoZPO/Gottwald, a.a.O., § 322 Rn. 146 f.; Althammer, a.a.O., S. 534 ff.

^[152] Habscheid, a.a.O. (1956), S. 297 ff.

^[153] 见前注[5],曹志勋文,第34页。

^[154] 见前注[5],曹志勋文,第43—44页。

舞台上还是转移到诉讼法说的战场中,笔者更愿意相信“未来犹未可知”。从法律界共识产生的背景来看,诉讼标的学说在思想市场上自由竞争,民事诉讼学术巨擘一时群星闪耀,学者与实务界合力汇聚一国通说,也都催生了诉讼标的理论的相对成熟。这不是一人或一机构仅凭自身的权威性就能够实现的。由此观之,德国通说形成的过程,首先就提示我们重视法律人共同体内部的争鸣与酝酿,不急于做选边站式的决断,尊重思想发展和人类认识水平提高的固有规律。至少从本文的说明可以看到,以1956年和1997年为时间节点,关于诉讼标的的学术辩论就贯穿了施瓦布和哈布沙伊德两位学者的主要学术生涯。同样可贵的是,学者在激烈辩论之中也勇于修正自己的观点(尼基施和罗森贝克),甚至敢于再回到自己曾经放弃的主张(罗森贝克),更有“弟子不必不如师”(施瓦布)。可以说,这一段来自欧陆的学术史,不仅对学说本身的扬弃有理论参考价值,而且也能让我们更为通透地感受到德国学人追求真理的学品。

其次,从理论的内容本身来看,虽然诉讼法说通常坚持统一的诉讼标的理解,但是在统一说的方法论下,几位代表学者都或多或少承认例外的存在,甚至不得不用诉讼标的理论之外的概念工具,修正自己提出的一般标准。这尤其体现在就既判力范围的讨论的相对独立性,也正是在这个意义上催生了更为“坦诚”的、相对的诉讼标的学说。^[155]“统一”还是“相对”,本质上还是一个程度问题。在方法论上究竟理解为原则-例外关系还是各自独立但内在联系,都不会否定差异与关联的存在。即使继续坚持统一说,也不妨碍在这个框架下做出有所偏离的具体解释,或者借助其他制度工具实现有所差异的诉讼结果。如果再进一步考虑教学上的体系性和诉讼标的概念在民事诉讼理论中能够发挥的基石作用的话,笔者更倾向于统一说的态度。尤其对于本就容易条块分离的民事诉讼法学来说,中心概念(Zentralbegriff)对理论学者的吸引力可能是相当大的。^[156]无论如何,我们在这里能观察的是,尼基施利用的权利保护要求,罗森贝克对案件事实作用变动不居的认识,以及施瓦布和哈布沙伊德主张的所谓裁判的本质的理论。分歧的是方法论,而不应是对例外的承认;包治百病的灵丹妙药即使不是传销骗子的“障眼法”,也可能只是不切实际的幻想与想象。

再者,与标签化描述带来的印象相比,一支说和二分支说的实际区别要小得多。两者并不完全独立,其就事实因素地位的概念差异通常对个案结果也没有太大的影响。德国学者的有力说甚至认为,确定案件事实的地位的不同学说只不过在形式上有差异而已。^[157]一支说虽然回避了生活事实本身的不确定性,但是物极必反,在涉及数额相同但指向完全不同的两项给付的两笔借款纠纷时,施瓦布此时继续将案件事实作为识别标准,在结果上体现了对于涉案实体给付/利益的数量的重视,展示了其与实体法说的殊途同归。二分支说面临的最大困难在于生活事实的认定,^[158]由于作为识别标准的、所谓社会一般理解或者客观认识难

^[155] 我国的较新讨论,参见董昊霖:《诉讼标的相对论》,载《当代法学》2019年第2期,第127—136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。

^[156] 日本法上似乎相反的当代思潮,参见[日]山本克己:《“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的诉讼标的论争》,史明洲译,载《清华法学》2019年第6期,第12页。

^[157] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 93 Rn. 15. Vgl. auch Musielak/Musielak, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl., 2021, Einl. Rn. 74.

^[158] 仅参见: Lent, a. a. O. (Lehrbuch), § 37 V (S. 106 f.); Lent, Zur Lehre von Streitgegenstand, ZZP 65 (1952), 315, 350 ff.; Lent, Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozess, ZZP 63 (1943), 3, 17 ff.

以通过科学方法得到确定,所以它实际上成为论者自行在对应构成要件的客观事实之上扩大事实范围,进而拓展同一诉讼标的认定的说理工具,本身无法自证其明。不过,这种答案的不确定性恰恰是法学研究中疑难案件的常态,同时在具有一定判例积累的基础上,也能够妥善解决大多数案件。就此而言,学者主导的法教义学与法官裁断的实务案例之间应当存在良性互补和互动的可能。理论主张留下的、或大或小的空白空间,可以被法官以个案裁判的方式充分占领和精耕,并且成为理论体系的一部分甚至修正理论上“不好用”的部分。且不论大陆法系解决纠纷究竟是“量体裁衣”还是“选购成衣”,^[159]详细梳理德国二分支通说中对不同类型案件提供的解决方案,不仅具有比较法上正本清源的作用,而且可以为我们提供整理中国案例的“样板间”。

最后,我们应当正视概念讨论本身的抽象性及其可能带来的弊端。事实上,很大程度上由于德语语言本身的严谨性,德语文献中作者可以有意识地使用有明显区别的概念来承载自己的理论主张,读者也能够相对容易地注意到这些概念差异。但是即便如此,诸如前文提到的权利主张、权利要求、请求权原因、诉的原因、产生原因、案件事实、历史事件、生活事实、法律事实、诉的声明、法律后果主张、既判力的排除效、既判力的一般排除效和特别排除效等一众术语仍然给学术交流带来了相当的困难,读者必须时刻意识到同一词汇在不同作者眼中的不同定义和使用习惯。再比如本文并未讨论的“诉讼法上的请求权”(prozessualer Anspruch)概念,本是“诉讼标的”(Streitgegenstand)的同义词。但是由于在翻译中可能被表达为“诉讼请求”,因而可能会产生本可避免的理论分歧,影响对诸如《民事诉讼法》第122条第3项(起诉要件)和《民诉解释》第247条第1款第3项(诉讼标的的识别)的理解。对我们而言,如果再考虑到来自日本和我国台湾地区的、基于同根同源文字的概念体系,交流的准确性和有效性就更成问题了。概念只是理解知识的工具,而不是知识本身。更具有学术创新性的,应当是问题意识下的学术自觉,充分对比不同备选方案在处理结果上的差异,准确发现我国民事司法中的棘手问题,并且提供可操作的答案,甚至参与到国际学术界中跨法域的比较民事诉讼法学研究。^[160]比如,我国法院在民事案件中被认为应当依职权审查民事合同的效力,作为处理合同效力有无这一实体法事项的程序法机制,这一审查规则能够对诉讼标的的识别与既判力范围的确定产生实质影响,需要在本土的裁判规则与比较法上的参考经验之间找寻中国解释论的实现进路。^[161]进而,我们同样也可以关注生效判决对相关实体法事由的覆盖范围,准确界定判决的遮蔽效力。^[162]因此,在追问不同概念在不同语境、不同学说和不同时期的准确含义的同时,更要以中国问题为灯,在知识考古学流连中找到回家的路。

[159] 相关讨论,参见李红海:《“选购成衣”与“量体裁衣”——欧陆与英美司法进路之比较》,载《比较法研究》2019年第1期,第124—135页。

[160] 参见曹志勋:《聚焦跨法域的比较民事诉讼法学研究》,载《中国社会科学报》2022年2月16日,第4版。

[161] 参见曹志勋:《禁止重复起诉规则之重构:以合同效力的职权审查为背景》,载《中国法学》2022年第1期,第280—304页;曹志勋:《民事诉讼依职权审查合同效力规则再认识》,载《法制与社会发展》2021年第3期,第205—224页。

[162] 见前注〔1〕,王福华文,第265—286页。

Abstract The procedural theories are the leading theories on the subject matter of claims in Germany since long ago. Introducing each of the representative doctrines thoroughly is supposed to contribute to the discovery of the value judgment within each theory and the finding of various reasoning approaches behind the academic divergence. Accordingly, the tradition and the evolution of the research in this area are to be highlighted. Among those masters on this issue, Arthur Nikisch brought out the famous theory consisting of two branches, namely the claim for relief sought (*Klageantrag*) and the factual elements in the disputed case. He also distinguished the identifying standards of the claim for performance (*Leistungsklage*) and of the claim for the alteration of legal rights or relationships (*Gestaltungsklage*). However, he changed his position later and built the foundation of the new substantive legal theory of subject matter of claims. Similarly, Leo Rosenberg did not insist on his previous standing as well. In 20 years, he switched from the theory of “two branches” (*zweigliedrige Lehre*) to the theory of only one branch (*eingliedrige Lehre*), in which the claim for relief should play the crucial role. This theory of single branch was originated from the dissertation of Karl Heinz Schwab, who was a disciple of Leo Rosenberg. Such theory is nevertheless to be regarded as too simple, whereas in case of multiple sets of facts of life (*Lebenssachverhalte*), Karl Heinz Schwab successfully retorted the academic argument from other scholars for a consolidation of claims in any theoretical ways. The position of Karl Heinz Schwab on the objective scope of res judicata effect was criticized severely, but he responded the criticism with an independent new concept, namely the essence of the judgment. Lastly, Walther J. Habscheid argued for the independent status of the concept of facts of life. However, he admitted the existence of some exceptions in his alleged rule of res judicata effect. Not only regarding the legal methodology but also the interpretation of identifying standard for the subject matter of claims, the research on the academic history of such issue is highly helpful for the development of the theory of subject matter of claims in China.

Keywords Subject Matter of Claims, Procedural Theories, Claim for Relief Sought, Facts of Life, Res Judicata Effect

(责任编辑：赵秀举)