

对我国民事诉判关系的再思考

王杏飞^{*}

内容提要 基于当事人主义的法理、尊重程序主体性的需要与保持法院中立性之要求,法院的审理对象和范围应该与当事人的诉讼请求保持一致,既不能超判,也不应漏判。当事人的诉讼请求、诉讼理由与法院的认定不一致时,我国民事诉讼法及司法解释要求法院告知当事人可以变更诉讼请求,但对法院未告知、当事人不变更的处置尚缺乏明确的规范。当前司法实践中存在三种优劣互见的处理方式。回归民事诉讼公正、有效率地解决纠纷的目的,尤其是扩大一审解纷机能之需要,遵循民事诉判关系的基本法理,从健全与完善诉讼请求的合并规则并辅以法院的释明两个方面来合理构建民事诉判关系的规则体系。

关键词 诉讼请求 法律关系 释明 诉判关系

近年来,我国法治建设步入了“快车道”。特别是党的十八届四中全会提出全面推进依法治国,建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家总目标以来,法治建设取得了举世瞩目的成就。截至目前,中央确定的绝大多数改革任务已经完成,“四梁八柱”性质的改革主体框架基本确立,符合司法规律的体制机制逐渐形成,司法质效和公信力持续提升。^①伴随着诉讼体制机制进一步完善,当事人有更多的机会获得司法救济,^②对诉权的保障也被提到了前所未有的理论高度,^③司法在法治建设中的枢纽功能也更得以彰显。然而,由于各种错综复杂的原因,当事人的诉讼请求可能与法律规定不符,与法院的认定不一致,在这种情形之下,依据现代民事诉讼普遍奉行的当事人主

^{*} 西南政法大学教授,博士生导师。本文系国家社科基金重大项目“全面推进依法治国与全面深化改革关系研究”(项目批准号:14ZDC003)、司法部国家法治与法学理论研究项目“司法解释的规范化研究”(项目批准号:18SFB2027)的阶段性成果。

① 参见《中央确定的绝大多数司法改革任务已完成》,载《法制日报》2017年10月10日第1版。

② 立案登记制为解决立案难提供了制度保障,也较好地解决了现实中当事人告状无门的难题,是法治进程中具有标志意义的事件。当然,仍然需要在立法层面加以明确。

③ 参见吴英姿《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期。

义法理、辩论主义与处分权主义之要求,^④以及诉判一致的规范性要求,^⑤当事人的诉请不能获得法院的支持。对此,当前仅有《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第35条“法院应当告知当事人可以变更诉讼请求”的规定。但该规定尚待细化与完善之处至少有:一是“应当”告知的效力不明,即法院告知后会产生什么样的法律效果,法院未告知是否构成程序违法?对此学理上认识不一,实务操作也是各行其是。二是如何告知,法院是中立的裁判者,如何告知才不致留下帮助另一方当事人的“口实”?^⑥三是告知之后,如当事人不变更诉请,又该如何处置?四是当事人变更诉请之后重新指定举证期限,其中所隐含的判断是,变更诉讼请求必然导致案件事实基础的变化。然而实践中变更诉讼请求但事实基础不变的情形并不鲜见。

正是由于缺乏具体明确的规范,法官基于不同的裁判理念与解释方法,作出了不同的处置。当前至少存在法院依据自己的认定直接判决、裁定驳回起诉与判决驳回诉讼请求等三种截然不同的方式。因此,无论是基于治理“同案不同判”的“司法乱象”来实现司法的统一,强化当事人诉权的实质性保障,促进纠纷的一次性解决等现实因素来考虑,还是从细化完善《证据规定》第35条及相关规则,以构建科学合理的诉判关系进而完善我国的法律规范体系来考量,都有进一步探讨的必要与空间。鉴此,本文遵循以下思路展开:第一部分从具体案例入手,在整理各级法院裁判文书的基础上,分析当事人诉请与法院认定不一致时,法院是如何对待释明的,关键点在于应释明而未释明是否产生程序法上的后果。第二部分梳理经法院释明后当事人不变更诉请时,实务中的三种不同处理方式。所选取的案例涵盖了四级法院,具有一定的代表性,但考虑到最高人民法院在法院体系中处于“金字塔”的顶端以及我国“科层制”的司法结构,更多地选择最高人民法院审理或者刊登于最高人民法院公报的案例。第三部分对实践中的三种处理方式进行合法性与正当性评价,侧重于从程序合法性与解决民事纠纷的一般法理两个维度检视其存在的问题与不足。第四部分以前文所提示的“问题”为“靶心”,并将其纳入“民事诉判关系”这一理论框架之下,针对当事人诉请与法院认定不一致的情形,立足立案登记的制度背景与当前“案多人少”矛盾空前突出的现实约束,以公正且有效率地解决民事纠纷为目标,借鉴域外法治经验,从确立一次性解决纠纷的司法理念、重新检视诉讼请求拘束原则以及诉讼请求的合并规则与释明规则的体系化建构来重塑我国民

④ 参见张卫平《大陆法系民事诉讼与英美法系民事诉讼——两种诉讼体制的比较分析》(上、下),载《法学评论》1996年第4期、第5期;白绿铉《现代民事诉讼的基本法理:对我国民事诉讼制度改革的浅见》,载《中外法学》1999年第1期。

⑤ 如现行《民事诉讼法》第168条明确规定第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。第200条将判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求作为独立的再审理由。相应案例的裁判要旨强调:人民法院审理民事商事案件时,只能对已诉至法院的民事权利义务关系作出判断,审理和裁判应以当事人请求、主张的范围为限。如最高人民法院(2001)民一终字第23号民事判决书,载最高人民法院民事审判第一庭编著《最高人民法院民事案件解析(公司、证券、票据纠纷)》,法律出版社2010年版,第227-228页;最高人民法院(2004)民一终字第106号民事判决书,载《最高人民法院公报》2007年第3期;最高人民法院(2011)民抗字第48号民事判决书,载《最高人民法院公报》2012年第5期。《民诉法解释》(2015年)第405条规定人民法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。

⑥ 参见王杏飞《论释明的具体化:兼评〈买卖合同解释〉第27条》,载《中国法学》2014年第3期。

事审判关系,从而探索第四种方案的可能性,旨在为合理构筑我国民事司法实践中的审判关系提供科学的思路与可行的方案。当然,有必要说明的是,本文探讨的是民事审判中的复杂诉讼形态,且主要针对财产性质的案件。

一、诉审不一致时对释明的规范要求与实务操作

我国有关释明的学术成果相当丰硕,^⑦释明在规范层面也有初步体现。^⑧具体到诉审关系的问题上,主要有《证据规定》第35条的规定。^⑨这一规定对诉审不一致时如何处置作了初步的规定,但仍不够明确具体,难以有效指导司法实践。法院告知当事人变更诉讼请求是释明的一种情形,而释明是法院的权力还是义务,理论上一直存有争议。从该司法解释来看,答案似乎很明确,“应当告知”表明是法院的义务。因为根据全国人大常委会法制委员会的文件,“应当”与“必须”的含义并无实质性的区别,法律在表述义务性规范时,一般用“应当”,而不用“必须”(法工委发〔2009〕62号)。^⑩司法解释具有相当于法律的效力,^⑪在事实上也是人民法院的操作规程,因此在表述上无疑也应该遵守上述法律用语的规范。就此而言,宜将该项释明理解为法院的义务。从最高人民法院的相关论著来看,也是持这种观点的。^⑫

但在我国的司法实务中,做法并不统一。

案例1:郴州市中级人民法院(2015)郴民一终字第553号民事裁定书认为,原告在一审中诉请判令被告返还侵占的房屋。原审法院认为涉案房屋系原审原告、原审被告以及原审第三人的共有财产,本案应为法定继承纠纷。原审法院未向原审原告释明可变更诉讼请求,直接判决确认原审原告享有对涉案房屋的份额,判非所诉,严重违法法定程序,二审据此裁定撤销原判决,发回重审。

在下述案例2中,法院未经释明而判决,最高人民法院认为并不构成程序违法。

⑦ 代表性文献如熊跃敏《民事诉讼中法院的释明:法理、规则与判例——以日本民事诉讼为中心的考察》,载《比较法研究》2004年第6期;张卫平《民事诉讼“释明”概念的展开》,载《中外法学》2006年第2期;韩红俊《论释明义务对民事诉讼理论的优化》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2006年第5期;熊跃敏《民事诉讼中法院的法律观点指出义务:法理、规则与判例》,载《中国法学》2008年第4期;前引⑥;王杏飞文;曹云吉《释明权行使的要件及效果论》,载《当代法学》2016年第6期;任重《我国民事诉讼释明边界问题研究》,载《中国法学》2018年第6期。

⑧ 如《证据规定》第3条、第8条、第33条、第35条,《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第27条,《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条等。

⑨ 该条规定“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。”

⑩ 当然学理上有不同的观点,参见李旭东《论法律上的“应当”》,载《学习与探索》2008年第1期。

⑪ 参见最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号)第5条“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。”

⑫ “当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致,……这种情况下人民法院有告知当事人变更诉讼请求的义务。”沈德咏主编《〈最高人民法院民事诉讼法司法解释〉理解与适用》,法律出版社2015年版,第257页。

案例2: 一审原告以股权置换提起诉讼, 要求被告承担违约责任, 法院并未告知原告可以变更诉讼请求而是直接以股权转让裁判。原告上诉称一审未经释明径行作出实体判决, 构成程序违法。最高人民法院在(2013)民二终字第52号民事判决书中指出, 一审法院确认当事人之间股权转让关系并不改变原告的一审诉讼请求, 不影响原告的实体权利, 直接判决不违反法定程序。

案例3: 甲诉乙请求确认自己对某不动产拥有所有权, 乙对此予以否认, 且主张自己拥有该不动产的所有权。法院认定甲乙双方都不拥有该不动产的全部所有权, 而是各自对该不动产的一半拥有所有权, 遂判决驳回了甲的诉讼请求。二审法院认为一审应征询原告是否愿意把主张全部所有权的诉讼请求改变为请求部分所有权而没有这样做, 因此撤销该判决并发回重审。^⑬

案例4: 某提供劳务者损害赔偿纠纷案中, 原告诉请的残疾赔偿金为30208.2元, 一审法院经计算所得的金额为38688元, 原告未增加请求额, 一审法院没有释明该部分金额, 直接判决被告给付38688元。被告上诉称原审判决超出诉讼请求, 二审法院认为原告未主张的部分请求是对民事权利的自由处分, 遂改判赔偿金额为30208.2元。^⑭

前三个案例中法院与当事人对纠纷的定性产生分歧。从规范层面来说, 法院应向当事人释明可改变诉讼请求。案例1与案例3中, 上级法院认为判决要与诉讼请求保持性质上的一致性, 法律关系定性不同将导致当事人诉讼请求的变化, 未释明径直裁判违反释明义务。案例2中最高人民法院认为即便向当事人释明法律关系, 也不会引起诉讼请求的变更, 所以无需释明。前三则案例中法院均将“是否导致诉讼请求的变化”作为应否作出法律关系释明的“必要条件”。可以想见, 如认为即便释明也不会引起当事人诉讼请求的变化, 那么“多一事不如少一事”, 直接按照法院的认定作出裁判即可。案例4是部分请求问题, 法院与当事人对案件的定性一致, 但在请求数额的计算上出现分歧, 二审法院认为对于当事人未主张的部分请求数额不应释明, 判决应以当事人主张的数额为限。^⑮综合以上案例我们可以发现, 在出现诉请与法院的认定不一致时, 释明对当事人权益的保护与纠纷的有效解决至关重要。但目前对应否释明还存在理解的分歧与操作的混乱。笔者认为, 依据我国现行法的规定及司法实践的客观要求, 宜将诉讼请求的释明定位为法院的义务或者职责。

二、诉审不一致时现行的三种处理方式

(一) 法院按照自己的认定进行判决

案例5: 原告主张与被告存在项目转让关系, 法院认定为合作开发协议, 经释明后原

^⑬ 参见王亚新《诉讼程序中的实体形成》,载《当代法学》2014年第6期。

^⑭ 参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民一终字第00329号民事判决书。

^⑮ 参见张海燕《论法官对民事实体抗辩的释明》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2017年第3期。

告坚持不变更诉讼请求,法院径行对双方的责任进行认定并作出了判决。^{①⑥}

案例 6: 原被告订有委托理财协议,约定原告将 3000 万元委托被告进行资本运作。被告保证原告固定年收益率 15%,收益按月支付,超过部分的收益归被告,合同期一年,到期还本。一审法院认定该委托理财合同名为理财实为借贷,认定合同无效,并依照无效合同予以判决。二审驳回上诉,维持原判。^{①⑦}

(二) 裁定驳回起诉

案例 7: 在北京新中实经济发展有限责任公司、海南中实(集团)有限公司与华润置地(北京)股份有限公司房地产项目权益纠纷案中,最高人民法院认为,由于华润公司主张的法律关系与一审法院根据案件事实认定的不一致,经一审法院释明后,华润公司拒不变诉讼请求,一审法院不应当作出实体判决,而应当驳回华润公司的起诉。^{①⑧}

案例 8: 在海南新亚房地产开发公司上海公司与新疆邮政金融技术开发公司、新疆建筑工程公司、海南新亚房地产开发公司联建合同纠纷案中,原告提起借款合同之诉,法院认为双方签订的《协议书》虽约定“有风险首先保证资本利息”的保底条款,但该《协议书》实质为联建合同,不是借款合同。一审向邮政公司进行了释明,且上海公司也对《协议书》的性质提出了抗辩理由,但是邮政公司仍坚持为借款合同。一审据此裁定驳回起诉。^{①⑨}

(三) 判决驳回诉讼请求

案例 9: 原告以民间借贷纠纷起诉,一审法院认为双方之间并非民间借贷关系,经释明后原告拒绝变更诉请。在此情况下,法院以原告提交的证据不足以证明双方借贷关系成立,判决驳回其诉讼请求,并让其另案主张权利,二审维持原判。^{②①}

案例 10: 朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案,原告诉讼请求确认与被告签订的商品房买卖合同有效,并判令被告履行合同。一审认定买卖合同有效,借款协议是为商品房买卖合同附加了解除条件,即到期还款则买卖合同解除,到期不能还款就继续履行买卖合同。现被告未能还款,应当继续履行买卖合同,判决原告胜诉。二审维持原判。再审认为,当事人之间是民间借贷合同关系而非商品房买卖合同关系。经释明后一审原告仍坚持不变更诉请,因此不支持原告的请求,但原告可另行主张权利。据此,山西高院作出(2010)晋民再终字第 103 号民事判决:撤销太原市小店

^{①⑥} 参见北京市高级人民法院(2003)高民初字第 715 号民事判决书。

^{①⑦} 参见厦门市中级人民法院(2008)厦民初字第 436 号民事判决书;福建省高级人民法院(2011)闽民终字第 842 号民事判决书。类似的情形参见“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,载《最高人民法院公报》2001 年第 2 期,第 55 页。

^{①⑧} 参见最高人民法院(2004)民一终字第 107 号民事裁定书,载《最高人民法院公报》2006 年第 8 期。

^{①⑨} 参见最高人民法院民事审判第一庭编《最高人民法院民事案件解析(房地产开发)》(第 2 辑),法律出版社 2010 年版,第 216 页。

^{②①} 参见山东省济南市中级人民法院(2015)济民五终字第 638 号民事判决书。类似的情形,参见黑龙江省牡丹江市阳明区人民法院(2014)阳商初字第 175 号民事判决书;安徽省黔县人民法院(2015)黔县民初字第 2708 号民事判决书。

区人民法院(2007)小民初字第1083号民事判决和太原市中级人民法院(2007)并民终字第1179号民事判决;驳回朱俊芳的诉讼请求。最高人民法院提审后认为,当事人之间的商品房买卖合同和借款合同均有效。借款协议约定的买卖合同的解除条件未成就,故应继续履行买卖合同。山西高院再审判决适用法律错误,应予撤销。太原中院二审判决的判决理由不够准确和充分,但判决结果正确,予以维持。^{②①}

以上以典型案例的形式展示了当事人诉请与法院认定不一致时,我国各级人民法院三种迥异的裁判方式。为何针对相同的情形,实践中有如此不同的理解与处置,对此应该如何认识与评价?

三、对上述三种处理方式之评价

(一) 法院按自行认定的法律关系判决

1. 法院按认定的法律关系判决的理由

通常认为,对事实进行法律评价是审判权的应有之义。法院有权依据其认定的事实来适用法律,不受当事人主张的限制。如在案例5中,尽管原告主张的是项目转让关系,但法院依据证据认定合作开发协议成立,并以此为基础作出了判决。法院认为,依据“法官知法”,法院不仅可以而且应该适用正确的法律来对当事人之间的民事关系进行定性,而不受当事人不法主张的限制与约束(如案例5中的项目转让关系、案例6中的委托理财关系)。这一点在地方法院发布的文件中也可以得到证实。^{②②}

在案例6中,法院在作出判决前进行了释明,给予当事人变更诉讼请求的机会,也避免了裁判的突袭。需要注意的是,案例6中法院认定的法律关系为企业间借贷合同,且该合同是以委托理财行为掩盖企业拆借行为,属无效合同。而依据合同法的基本原理,无效合同是自始无效、当然无效、绝对无效的,法院应该对此进行认定并作出判决。

案例2稍有不同,最高人民法院在裁判理由中强调,由于并未改变当事人的诉请,因此即使法院认定的法律关系与当事人的主张不一致,也不需要释明,可径行作出判决。最高人民法院的裁判理由是否蕴含着这层意思:即如果法院认定的法律关系与当事人的主张不一致,且改变了当事人诉讼请求的,就不可径行作出实体判决。但“不可径行作出实体判决”是表示释明后可作出实体判决,还是根本就不可以作出实体判决?不得而知。当然,不无疑问的是,法院在认定法律关系与当事人主张不一致的情形下,

^{②①} 参见山西省太原市小店区人民法院一审(2007)小民初字第1083号民事判决书;太原中院二审(2007)并民终字第1179号民事判决书;山西高院再审(2010)晋民再终字第103号民事判决书;最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

^{②②} 如《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)》第15条第2款就明确规定,当事人主张的民事行为的效力与事实不一致,属于在法律关系确定的情况下对实体问题的认定,法官释明后,当事人不变更诉讼请求的,一审法院应当从实体上作出判决。

径行判决,是否会造成法律适用上的突袭,^{②③}是否影响当事人辩论权的行使?^{②④}

2. 反对法院按自行认定进行裁判的理由与最高人民法院的立场

不可否认,法院置当事人的诉讼请求与主张于不顾,“自作主张”裁判,确有悖于“诉判关系”的一般原理,可能构成诉外裁判的程序违法。也有强行替原告主张权利、代行诉权、侵害当事人处分权的嫌疑。特别是在告知当事人可以变更诉讼请求,原告仍然坚持不变更的情形之下,法院不顾当事人的意志,依据自行认定的法律关系作出裁判,更有无视当事人程序主体地位之嫌。

正如在案例7中最高人民法院指出的,当事人对法律关系的性质的主张与法院的认定不一致时,应当告知当事人可以变更诉讼请求;当事人坚持不变更诉讼请求的,应当驳回其起诉,而不应作出实体判决;法院径行对当事人未予主张的法律关系作出裁判,既是代替当事人行使起诉权利,又剥夺了对方当事人的抗辩权利,构成程序违法。在该案中,华润公司主张的法律关系与一审法院的认定不一致,经释明后,华润公司拒不变诉讼请求,一审法院不应作出实体判决,而应驳回起诉。

最高人民法院在该案中正确地指出了下级法院在当事人拒绝变更诉讼请求后按照自己认定的法律关系进行审理的错误,并且以撤销原判的方式纠正了这一错误。事实上,早在2001年,最高人民法院在一份裁定书中就明确指出,“按照当事人诉讼请求确定人民法院审理范围的原则,符合我国民事诉讼法的规定;人民法院不能擅自改变当事人的诉讼请求。”^{②⑤}但不无遗憾的是,由于缺乏科学的理论指导,最高人民法院放弃了自己曾经提出的正确观点,改为主张对此应当裁定驳回起诉。如下文所述,裁定驳回起诉方式的错误程度,似乎也并不亚于自认自判。

(二) 法院裁定驳回起诉

1. 裁定驳回起诉的理由

第一,我国虽非判例法国家,但《最高人民法院公报》刊载的案例仍然具有较强的参考性。法官在处理类似案件时,为了避免改判的风险,通常也习惯于遵循上级法院特别是最高法院的案例。就规则而言,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(2011年)第7条明确规定各级人民法院审判类似案例时应当参照指导性案例。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(2015年)第9条直接要求,各级人民法院正在审理的案件,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。最高人民法院大法官胡云腾认为,违背指导性案例的判决可被推翻。^{②⑥}第二,《证据规定》第35条第2款规定,当事人变更诉讼请求的,应当重新指定举证期限。不难看出,司法解释对当事人变更诉讼请求的处

^{②③} 参见前引⑥,王杏飞文。

^{②④} 剥夺当事人辩论权是法定的再审事由之一,参见《民事诉讼法》第200条。

^{②⑤} 最高人民法院(2000)知终字第12号民事裁定书,最高人民法院办公厅编《最高人民法院公布裁判文书(2001年)》,人民法院出版社2002年版,第388页。

^{②⑥} 参见胡云腾《一个大法官与案例的38年情缘》,载《民主与法制》2017年第6期。

理,视同于新的案件。如当事人拒不变更诉讼请求,似乎可以反向推出应当裁定驳回起诉的结论。第三,《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条规定,当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒不变更的,人民法院裁定驳回起诉。该司法解释为上述结论提供了直接的规则依据。

综合以上三点,当事人主张的法律关系与法院认定不一致时,经法院充分释明后当事人拒不变更诉讼请求的,无论依据实体法还是依据程序法,裁定驳回起诉似乎就顺理成章、有据可依了。不仅如此,法院选择裁定驳回起诉,告知可另诉,还可能存在诸多的“优势”:用程序驳回的迂回手法,既可有效缓解当下的纠纷,避免矛盾的激发,又能迎合现行的考评机制——不经实体裁判就多办了一个案件。从实践来看,有地方法院还出台了相应的规定。^{②7}有法官指出,因担心释明的观点得不到上一级法院的认同,导致二审法院改判、发回自己审结的案件,一审法官对释明往往不愿为、不敢为,而是偏爱直接裁定驳回起诉,然后在判后答疑时再口头告知当事人应该按何种正确的法律关系重新起诉。^{②8}

2. 裁定驳回起诉方式之批判

首先,裁定驳回起诉缺乏现行法的依据。根据民事诉讼法的规定,对当事人的起诉有受理、不予受理和驳回起诉三种处理。这也是学界的通说。适用裁定不予受理的前提是起诉不符合法定条件。而现行民事诉讼法对起诉条件的规定仅见于第119条(积极条件)与124条(消极条件)。而且,由于这一严苛的起诉条件错误地将诉讼要件植入起诉条件之中,在起诉受理阶段对诉讼要件提前进行审查,必然导致起诉的高阶化、起诉难,^{②9}因此现行法上不合理的起诉条件本身就是改革的对象,也只有废除不合理的起诉条件,立案登记制度才具有法律规范的基础,才能真正地落地生根。如为了破解立案难,不依据民事诉讼法的规定进行相应审查,其实质就是“有法不依”,就是程序违法。然而,显而易见的是,即使是依据现行民事诉讼法关于起诉条件的严苛规定,当事人的法律主张与法院的认定不一致的情形,只是当事人的主张或者诉讼请求、诉讼理由不合法、不适当,也绝非不符合起诉条件。因此裁定驳回起诉缺乏法律依据。

其次,裁定驳回起诉不符合登记立案制度的改革趋势。当前的立案登记是以党的十八届四中全会关于改革案件受理制度,变立案审查制为立案登记制度为依据的。而

^{②7} 对当事人起诉的法律关系不正确或不存在时,应当从程序上裁定驳回起诉,以便当事人在明确法律关系后重新起诉。参见北京市高级人民法院《审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)》第15条;浙江省高级人民法院《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第15条。

^{②8} 参见黄海涛《民事立案条件审查的实体化现象分析》,载《民事程序法研究》(第15辑),厦门大学出版社2016年,第159页。

^{②9} 参见张卫平《起诉难:一个中国问题的思索》,载《法学研究》2009年第6期。

立案制度是民事诉讼法上的重要制度,是立法法所规定的法律保留事项,^{③①}自然应该通过适时修改民事诉讼法来确立。如前述,如果彻底废除现行法上不合理的起诉条件,将法院主管、管辖、当事人能力、当事人适格、诉讼能力、是否重复诉讼、是否在一定期间内重复起诉等诉讼要件事项从起诉条件中移除,将诉讼要件的审理置于立案阶段之后,则对于欠缺诉讼要件的起诉,法院将不再是驳回起诉,而应以裁定驳回诉的形式进行处理。因为诉讼要件不是起诉条件,当然不能以原来驳回起诉的方式处理欠缺诉讼要件的情形。这样一来,彻底降低起诉条件后(起诉状只要有明确的原告、被告及其送达地址、按规定交纳诉讼费用),几乎不存在审查的问题,起诉之后即可登记立案。因此,现行民事诉讼中的所谓不予受理和驳回起诉的规定将不复存在。^{③②}而且,从大陆法系国家通行的立法例来看,可以说几乎不存在起诉条件,因此也就不存在驳回起诉的裁决。对于当事人提交的诉状不符合法定要求的,裁判长可以要求其更正,不予更正的,以命令驳回诉状(如《日本民事诉讼法》第137条)。诉不具备要件的,以诉讼判决驳回诉;当事人的实体请求不能成立的,以本案判决驳回诉讼请求。我国台湾地区虽有起诉和驳回起诉的概念,但其驳回起诉实际上相当于日本的驳回诉状。^{③③}综上可以说,从改革与完善我国诉讼制度的趋势来看,真正实行登记立案制度以后,“驳回起诉”可能成为历史。

再次,裁定驳回起诉不利于保护权利人。我国通说认为不予受理或者驳回起诉的,诉讼时效不中断。^{③④}我国《海商法》第267条规定,请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的,时效不中断。而从实务来看,法院通常也认为驳回起诉不发生诉讼时效中断的效力。^{③⑤}如当事人由于诉讼能力不足(如法律知识欠缺),其主张的法律关系性质或者民事行为的效力与法院的认定不一致,就被裁定驳回起诉,并且不发生诉讼时效中断的效力。这与诉讼时效制度不保护“在权利上睡眠之人”的立法目的是背离的,因权利人已积极主张权利,但还要承受超过诉讼时效的不利后果。此外,有的法院还在裁定书中“画蛇添足”地告知可“另行起诉”,其目的无非是为了更好地息诉。^{③⑥}然而,如果不中断时效,即使权利人可以另行起诉,但当对方提出时效抗辩时,起诉也只是程序上的权利,胜诉的权利就已经消灭了。这是极不公正的。此外,由于对诉讼标的的理解不一致,司法实践中的操作标准也不统一,所谓的“另行起诉”“另行主张权利”并不一定

③① 参见《立法法》第8条。

③② 参见张卫平《民事案件受理制度的反思与重构》,载《法商研究》2015年第3期;唐力《民事诉讼立案程序结构再认识》,载《法学评论》2017年第3期;唐力、高翔《我国民事诉讼程序事项二阶化审理构造论》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第5期。

③③ 参见张卫平《民法典与民事诉讼法的连接与统合》,载《法学研究》2016年第1期;陈荣宗、林庆苗《民事诉讼法》,台湾地区三民书局2005年版,第373页。

③④ 参见张卫平、李浩《新民事诉讼法理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第250页。

③⑤ 参见吴庆宝《诉讼时效中断的司法认定(上)》,载《人民法院报》2009年2月3日。

③⑥ 参见北京市延庆区人民法院课题组《关于民商案件撤诉后重复诉讼的司法统计分析》,“依法治国与实证法学理论研讨会(2017)”论文集(贵州贵定2017年10月);这种现象在行政诉讼中也不少见,参见解思辛、姬美修《行政诉讼中“另行主张”的滥用及规制——基于对2015年806份“另行主张”行政裁判文书的分析》,载贺荣主编《深化司法改革与行政审判实践研究——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社2017年版。

行得通,如借贷纠纷案件当事人的诉讼请求被驳回后,又以不当得利为由另行起诉主张权利的,人民法院就不予支持。^{③⑥}

最后,裁定驳回起诉并没有真正地解决纠纷。裁定驳回起诉并没有从实体上、实质上解决纠纷,对法院而言,只不过是一种迂回策略与缓兵之计,暂时将这一纠纷予以搁置;对原告而言,可以不受限制地另行起诉;于被告而言,有多次应诉之累。而且,基于同一事实而先驳回起诉,待当事人“另行起诉”时再进行审判,无疑是浪费司法资源,只会加剧“人案关系”的矛盾。从实践来看,由于案件并没有进行实质性的审理,矛盾并没有得到真正解决,当事人通常会“另辟蹊径”,将案件“改头换面”再开诉讼。因此,用驳回起诉的程序方法来处理,不利于纠纷的一次性解决。打个不恰当的比方来说,如同到医院求医的病人挂错了号,被一个不太负责任的医生打发走了——“挂错号了,另找其他医生吧”,只能重新排队、挂号、缴费,一切从头再来。说到底,这种处理方案就是“案结事未了”“官了民未了”。

(三) 判决驳回诉讼请求

1. 判决驳回诉讼请求的合法性分析

从诉判关系的角度来看,法院的裁判对象、范围是由当事人的诉讼请求来确定的。法官应对所有请求的事项并且仅对请求的事项作出裁判。而当事人为支持其诉讼请求与主张,必须提供支持其诉请、主张的相应事实、证据以及法律上的理由。当然,法官适用法律不受当事人主张的限制,并不意味着法官在适用法律时有专断的权力。为了防止突袭性裁判,减少适用法律的错误,法官应适时开示法律观点(释明),以接受当事人的质疑与挑战。法官在裁判文书中负有的说理义务还要求裁判的说理论证接受社会的评判,从而达到“以公开促进公正”的目的。法官有权适用法律,也并不表示当事人在适用法律上无所作为。当事人就法律适用发表观点,也是充实辩论权、促进庭审实质化的重要内容。法官需与当事人协同、协力来促进法律的正确适用。在英美法系国家,律师对法院甚至还负有“主动揭露相反于其主张立场的具有拘束力的法律规范”的义务。^{③⑦}这一要求似乎背离了当事人对审制度之基本精神——亦即应由对立当事人各自提出对自己立场有益的主张,而不应要求一造律师为他造当事人寻找对其有利的法律上见解。其实,这是对律师职业伦理的重塑,也是对对抗制的有效缓和。更为重要的正当化理由是基于法律对于社会的重要,就法律加以错误诠释对社会所造成的负面影响是远大于法院在具体个案中未能发现真实。^{③⑧}当然,这与判例法的拘束力有直接关联,也是我们理解培根的名言“一次不公正的裁判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源”的另一把钥

^{③⑥} 最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(总第43辑),法律出版社2010年版,第135-138页。

^{③⑦} 即律师就其所主张之法律见解如与一个具有拘束力的法院判决相异,必须主动向法院揭示该见解之存在(律师在诉讼中就自己所知悉之“不利的事证”无积极提出的义务,但对“不利的法律见解”则有主动向法院揭示的义务。参见黄国昌《民事诉讼理论之新开展》,北京大学出版社2008年版,第24页。

^{③⑧} 参见前引^{③⑦},黄国昌书,第25页。

匙。

当前,尽管对诉讼请求的具体涵义还没有形成共识,^{③⑨}但不容否认的是,诉讼请求是当事人提请法院裁判的权利声明,内含事实要素与规范要素。如果当事人诉请与法院根据案件事实作出的认定不一致,在告知可以变更诉请之后,当事人仍然坚持自己的“错误”主张时,其诉讼请求就不能成立,也就是不能发生当事人主张的法律效果,因此作出驳回诉讼请求的实体判决,显然是严格适用法律的结果,是合法有据的。如在案例9中,原告要求按照民间借贷纠纷审理,提出的诉讼请求也是偿还借款与利息。按照民事诉讼证明责任的分配规则,原告应证明借贷关系成立。但法院认为,原告提交的证据不足以证明双方借贷关系成立。在这种情形下,无论法院是“拟定”借贷关系这一事实不存在,还是认定借贷关系存在与否真伪不明,都无法依据“要件事实——法律效果”的逻辑推理来支持原告,均可以得出原告请求偿还借款本金及利息的诉讼请求不成立的结论。^{④①}在案例9中,原告主张与被告之间为民间借贷,但原告提供的欠条仅能证明被告欠其雕刻机余款1.3万元,法院认为原告主张双方存在民间借贷关系的事实缺乏足够的证据证明,因此对原告的主张不予支持,并据此判决驳回诉讼请求,也是合法有据的。^{④②}

2. 判决驳回诉讼请求的合理性质疑

如上所述,当事人主张与诉请不合法,经释明后拒不变更的,法院判决驳回具有充分的法律依据,因此其合法性是值得肯定的。问题在于,当事人的诉请被驳回后,纠纷并没有解决。而且从实务来看,法院还会告知当事人可另行起诉。简单地说,就是诉审认识不一致——法院释明——判决驳回诉请——另行起诉——审判。法院不在本案中一次性解决纠纷,而是告知当事人另行起诉,是对司法资源的极大浪费;于当事人而言,反复起诉、应诉,需要投入相当的人力、物力与财力。这种处理方式明显有悖“在一个诉讼里尽可能把有关的纷争一次而且统一地予以解决”的现代司法理念,与禁止重复诉讼规则之间有无冲突,也值得推敲。^{④③}之所以允许“另行起诉”,甚至法官在判决书中告知当事人另行主张权利,或者在判后答疑时告知当事人如何再行起诉,是由于依据旧实体法说的诉讼标的理论,只要当事人提出的实体请求权或者法律关系不同,前诉与后诉的诉讼标的就不同,即便诉讼标的相同,也可以提出不同的诉讼请求,因此不受重复诉讼规则的规制。^{④④}尽管采用旧实体法说具有诸多的优势,但在诉审不一致时,旧实体法说

^{③⑨} 参见朱建敏《论诉讼请求》,武汉大学2010年博士学位论文(指导教师:赵钢)。

^{④①} 两者有明显的差异,参见吕曰东《驳回诉讼请求判决的思维进路与依据表述》,载《山东审判》2011年第3期。

^{④②} 有地方法院颁布指导意见对这种处理方式予以肯定,如《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第15条第2款明确规定“对能够查明双方存在借贷关系的,按照民间借贷纠纷审理;查明债务属其他法律关系引起的,法院应向当事人释明,由债权人变更诉讼请求和理由后,按其他法律关系审理,债权人坚持不予变更的,判决驳回诉讼请求。判决驳回诉讼请求后,债权人可按其他法律关系另行起诉。”

^{④③} 笔者认为我国重复诉讼有三种类型,参见前引⑥,王杏飞文。

^{④④} 参见《民诉法解释》第247条。

的弊端被放大了极致,基于同一纠纷事实(生活事实),当事人可以不同的实体法上的请求权或者实体法律关系,提出不同的诉讼请求,提起前后不同的诉讼。而“从常识来看,同样的当事人之间发生的争议经法院审理和裁判已经解决的问题,当然不得再次提出或者不允许将生效裁判推倒重来。”^{④④}

综上可见,司法实务中的三种处理方式各有优劣,但都存在较大的局限,难以有效地解决纠纷。民事诉讼以定纷止争为基本目标,如何通过审判来扩大纠纷解决的机能与效果,是我们不得不正视的重大课题。

四、新方案的探索与我国民事审判关系之重塑

(一) 确立一次性解决纠纷的司法理念

无论是从优化司法资源的配置,提高审判效率,避免裁判的前后矛盾,保障司法公正考虑,还是从节约当事人的诉讼成本,保障民众享有平等接近司法的权利出发,都需要树立一次性解决纠纷的理念,即尽可能在一次诉讼中实质性地解决纠纷,扩大审判解纷机能。二战以来,各国普遍强调将“一次性全面解决纠纷”作为民事诉讼的主要目标。纠纷应从包含原因关系在内的,与社会生活实态相对应的广泛意义上来把握,为确保解决纠纷的实效性,要使得一个判决尽可能地在更大范围内发挥定纷止争作用。^{④⑤} 改革开放以来,我国民事案件数量激增,人案矛盾相当突出,司法面临难以承受之重,从最高人民法院制定的司法解释来看,也体现了“一次性全面解决纠纷”的理念。^{④⑥} 一次性解决纠纷目标的实现,需要当事人与法院的共同努力、协同推进。

就当事人而言,除非有正当理由,应在一次诉讼中提出与本案有关联的所有诉讼请求,不允许任意分割诉讼请求,如在借贷纠纷中先主张本金,再主张利息;或者主张部分本金与利息,再主张剩余部分等;当事人对事实负有真实、完整陈述的义务,应集中、适时提出诉讼资料。简言之,当事人应当“全盘托出,不留后手”。有学者深刻地指出,只有全面充实一审程序,才能将矛盾与纠纷化解在基层,消灭在萌芽,切实提高解纷能力。^{④⑦} 然而,当事人的诉讼请求如何通过审判之门,而不是如“乡下人始终徘徊在法的门外”^{④⑧}? 对法院而言,应将审判的重心放在第一审,并加强与规范释明。^{④⑨} 事实上,一审法院离事实、证据、当事人最近,最有便利条件对纠纷事实进行全面的审查。^{⑤⑩} 与此相适

^{④④} 王亚新、陈晓彤《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条、第247条解析》,载《华东政法大学学报》2015年第6期。

^{④⑤} 参见[日]新堂幸司《新民事诉讼法》林剑锋译,法律出版社2008年版,第3页。

^{④⑥} 如《民诉法司法解释》第247条对重复起诉的规制。

^{④⑦} 参见李浩《强化民事第一审程序:原理、路径与方法》,载《江海学刊》2009年第5期。

^{④⑧} [奥]弗兰茨·卡夫卡《审判》,曹庸译,上海文艺出版社2006年版,第300页。

^{④⑨} 关于释明的边界,参见前引⑦,任重文。

^{⑤⑩} 参见龙宗智《论建立以一审为中心的事实认定机制》,载《中国法学》2010年第2期。

应,民事诉讼管辖制度也是遵循“两便原则”来设置的。就法律适用而言,对民事二审、再审中的“新证据”不宜作扩张性解释。为了实现一审法院(尤其是基层法院)有效解纷的目标,就应立足当前本人诉讼居多的现实,为当事人在一审中提出完全、充分、适当的诉请提供一定的“司法服务”。即法官负有引导、提示当事人的释明义务。当然就此而言,无疑会增加作为个体的法官的审判负担与工作强度,但司法的整体效益会获得大幅提升。由此可能产生法官个体的负担增加与司法系统整体质效提升之间的矛盾,如何依据这些复杂的因素来合理激励法官履行释明职责,避免消极怠工(不释明、不充分释明),设计行之有效的考评程序与制度,也是不得不面对的问题。否则,再好的理念,再美的制度,也会因为相关主体的抵制而沦为具文。反之,如果不充实一审程序,不能有效地解决纠纷,则“另行起诉”“另行主张权利”,“另案处理”就会在裁判中频繁出现,当事人和法院都难以承受。这种现象不仅在民事审判中时有发生,在行政审判中也并不鲜见,需要引起我们的高度重视。^{⑤①}

(二) 诉讼请求拘束原则的再审视

1. 诉讼请求在民事诉讼中的重要意义

诉讼请求是民事诉状的必要记载事项。^{⑤②} 各国立法均要求起诉时须有诉讼请求,但并没有对诉讼请求本身提出特别的要求,只有我国民事诉讼法第119条规定诉讼请求必须具体。^{⑤③} 当事人的诉讼请求揭示了当事人参加诉讼的目的,划定了法院审理与裁判的范围与对象,诉讼请求决定了诉讼标的。^{⑤④} 鉴于诉讼请求在我国民事诉讼中具有极其重要的地位,有学者提出应以诉讼请求为轴线展开重述我国的诉权论、诉讼标的论和既判力理论,将诉讼请求范围、法院审理范围与既判力客观范围三者统一起来。^{⑤⑤}

2. 诉讼请求拘束原则的理据

通俗地说,诉讼请求就是原告希望从被告处获得的部分,是原告的权利保护目标。为了实现自己的诉讼目标,当事人有义务也有动力提出支持诉讼请求的事实主张与法律上的理由。法院的裁判范围受当事人诉讼请求的拘束,这是现代民事诉讼当事人主义法理的基本要求。一方面,法院须回应当事人的诉讼请求,不能拒绝作出裁判。^{⑤⑥} 正如西方谚语“无救济即无权利”。如若法院不回应当事人的诉请,权利就得不到保障,定

^{⑤①} 参见北京市第一中级人民法院课题组《关于建立民事审判“纠纷一次性解决机制”的调研报告》,载《法律适用》2013年第1期。

^{⑤②} 如《德国民事诉讼法》第253条、《法国新民事诉讼法典》第56条、第57条、《韩国民事诉讼法》第249条、《美国联邦民事诉讼规则》第8条,均有明确规定。

^{⑤③} 参见王学绵《“具体”的诉讼请求》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期。

^{⑤④} 参见王亚新、陈晓彤《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条、第247条解析》,载《华东政法大学学报》2015年第6期。

^{⑤⑤} 参见董少谋《诉讼请求论:以诉讼请求为轴线重述民事诉讼基本理论》,载《民事程序法研究》(第15辑),厦门大学出版社2016年,第39页。

^{⑤⑥} 参见孙海波《司法义务理论之构造》,载《清华法学》2017年第3期;王杏飞《司法规则制定权研究》,社会科学文献出版社2013年版,第75页。

纷止争的目的也无从实现。我国民事诉讼法对裁判遗漏诉请的情形作出了明确的规制。^{⑤7} 另一方面,裁判不能超出诉请的范围,否则就直接违反了“不告不理”原则,有不当干预当事人私事之嫌。因为在私法领域,国家承认和保护民事主体自由处分其民事权利。为了保障市场经济正常运转,除非当事人之间发生冲突或纠纷,禁止国家介入或干预民事主体的处分行为。即使发生纠纷,一方当事人起诉要求保护其权利,尽管根据一方当事人的请求发生了诉讼法律关系,但是,法院在以国家权力解决民事纠纷的过程中,仍然要坚持当事人之间没有争执的就不干预的原则,这是现代民事诉讼对双方当事人之间民事纠纷的基本态度。^{⑤8} 也就是说,法院介入私法领域,以国家权力解决民事纠纷的权力受当事人处分权的限制。当事人在诉讼过程中对诉讼标的有处分权,也有权自主解决纠纷。因此,对于当事人所争的事实,也就是他们之间纠纷的关键所在,这一点只能由双方当事人的意志来确定。^{⑤9} 所以,尽管英美法系和大陆法系国家在确定民事诉讼争点的程序和方法上有差异,但是依当事人意愿来确定,并以此为前提法院才能介入当事人之间的私人领域,并只能对当事人之间冲突和争执的事实作出判决。这是各市场经济国家民事诉讼法在国家权力与当事人权利的关系上所采取的共同诉讼原则。^{⑥0}

裁判范围受当事人诉讼请求的约束,也是辩论主义的必然要求。正是在辩论原则界定了法院和当事人之间的关系,对法院和当事人均具有约束力这一意义上,有学者将辩论主义称为“约束性辩论原则”。^{⑥1} 如果诉讼请求不能约束审判权的行使,则所谓的辩论主义就空洞化了,当事人对实体权利与诉讼权利的处分就“名存实亡”了。当事人在诉讼中负有提出适当的事实主张与法律主张的义务,并且法院依赖双方当事人对立的事实主张和法律上的陈述及主张以解决纠纷,但并不表示法院可以“放任不管”。如果当事人的主张不合法、不适当,就可能承担败诉的风险,这被归结为当事人的自我责任。^{⑥2} 如此一来,法院既可以从发现真实(事实)的无限责任中得以解脱,又卸除了依事实适用规则的重任,只须审查当事人提出的证据能否支持其事实主张,其事实主张是否符合实体法上的要件事实,能否支持其诉讼请求。承担最小责任的法院即使不是最好的法院,也是最为中立、最为超脱的法院。至少具有公正的外观。然而,由于作为理想的辩论主义必须满足的前提条件之一——当事人诉讼能力平等——在现实中是很少存在,甚至是根本不存在的。大陆法系于其现代诉讼制度发展之早期即意识到,在实体上有正当权利之当事人可能仅仅因无法在诉讼上作适当的主张及陈述而遭受败诉的后果,为了防止这种不公正裁判的出现,法官不仅“被授权”同时亦“被要求”透过其释明

^{⑤7} 参见《民事诉讼法》第200条,《民诉法司法解释》第326条、第392条等。

^{⑤8} 参见[日]兼子一、竹下守夫《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年,第107页。

^{⑤9} 参见[日]谷口安平《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年,第24页。

^{⑥0} 参见白绿铉《论现代民事诉讼的基本法理》,载《中外法学》1999年第1期。

^{⑥1} 参见张卫平《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第44页。

^{⑥2} 参见李浩《民事诉讼当事人的自我责任》,载《法学研究》2010年第3期。

权/义务的行使,以确保当事人在诉讼上能为适当的主张及陈述,以确保实质的公正裁判。^{⑥3} 如果诉讼的成败主要甚至完全依赖于当事人的诉讼技巧,那么,诉讼就会“异化”为不公平的竞技比赛,就会沦为双方当事人获取法律资源与证据资料能力的竞争,从而偏离追求真相、实现公正的“正道”。

3. 诉讼请求拘束原则的比较法考察

诉讼请求拘束原则是各国民事诉讼的共同准则。就立法而言,以法国民事诉讼法的规则最有特色。^{⑥4} 《德国民事诉讼法》第308条规定,法院无权将当事人未申请的事项判给当事人。^{⑥5} 《日本民事诉讼法》第246条规定,裁判所对于当事人未申请的事项不能作出判决。第248条规定:裁判所对损害予以认定时,对于损害的性质以及额度进行举证极其困难时,裁判所可基于口头辩论全趣旨以及证据调查结果,认定相当的损害额。^{⑥6} 我国台湾地区“民事诉讼法”第388条规定:除别有规定外,法院不得就当事人未声明之事项为判决。美国的相关规则有自己的特色。美国《联邦民事诉讼规则》第54条(c)款清楚表明,不管原告在请求中所要求的是什么,均有权获得在审理中证明为合适的任何金额和任何类型的救济。但这一规则有一个例外,即在缺席判决案件中,原告不能获得超过其在判决要求中所寻求的赔偿(或不同的救济)。^{⑥7}

综上所述,诉讼请求决定审理范围是各国的立法通例,是民事诉讼当事人主义法理的基本要求,是当事人程序主体地位的体现,也有利于保持法院的客观、中立的形象,从而增强裁判结果的信任度与接纳度。

4. 诉讼请求拘束与法官知法

当事人将纠纷事实呈现于法庭之上,法官负有依据事实来适用法律,确定当事人权

^{⑥3} 参见前引^{⑤7},黄国昌书,第35-36页。

^{⑥4} 《法国民事诉讼法》第5条明确规定,法官应当对所有请求事项并且仅对所请求的事项做出裁判。参见《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,法律出版社2010年版,第15-20页。

^{⑥5} 作为例外的是,《德国民事诉讼法》第308条之一规定:在出租人与承租人或承租人与次承租人之间的迁出住房的诉讼中,如果因为承租人依《民法典》第574条至第574条之二的规定可以请求继续租赁关系,法院认为请求迁出无理由时,即使未经申请,法院也应在判决中宣示,在怎样的期间内和契约条件如何变更后,租赁关系应予继续。参见丁启明译《德国民事诉讼法》,厦门大学出版社2016年版,第74页。学理上认为,谁决定起诉,同时也就确定了诉讼标的。法院应当只应对标的进行判决;因为法院不允许审理原告从来没有提起过的另外的案情。原告要提出内容确定的申请,否则该诉就不合法,不可以申请法院自行从所陈述的案情中确定有利于原告的法律后果。原告提出确定的申请被看作是行使处分权的后果,但本质上这种申请提出是一种处分责任。因为法院受这种申请的约束并因此对原告的宣判既不能不同于也不能多于当事人的申请。例如,如果从事实情况中只能得出瑕疵修补请求权,但原告要求损害赔偿,则该诉应被驳回。只有依申请才允许判定利息。如果只提起了部分请求权——为了节约费用这并不少见——,则不允许法院对全部请求权宣判,即使它确信全部请求权都存在。同样适用于当事人出于其他原因提出过少申请的情形:例如他提出了1000欧元的损害赔偿,则法院不允许宣判1200欧元,即使它确信存在这种数额的请求权。这显然对不熟悉法律的当事人来说很严格,并且经常是不公正的。但允许在适当情形建议变更申请(即法院释明)。参见[德]奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第120-122页。

^{⑥6} 参见《日本民事诉讼法典》,曹云吉译,厦门大学出版社2017年版,第78页。

^{⑥7} 参见[美]理查德·D.弗里尔《美国民事诉讼法》(上),张利民等译,商务印书馆2013年版,第360页。

利义务关系的职责。基于处分权主义与辩论主义,诉讼请求由当事人自行提出,法院不得代替当事人主张,法院就认定的事实依职权适用法律,并决定法律效果,并不受当事人法律意见的拘束。如《法国新民事诉讼法》第4条、第12条即有明确的规定。^⑧在德国的民事诉讼中,同样是法官决定应当适用的法律规范,进而决定证明的必要性。^⑨而且在德国原告不需要引用法律,因为法院应知晓(内国的)法律。这种法院和当事人之间的“工作分配”常常通过引用“法院知法”和“你给我事实,我会给你权利”这些法律原则来表达。^⑩

5. 诉讼请求拘束与法官释明

我国当事人本人诉讼占民事案件的绝大多数。当事人所提出的诉讼请求不当、不适法、不具体、不充分的情形比较常见。为了促进纠纷的一次性解决,法官应积极释明,以促使当事人提出正确的诉讼请求,从而避免再行起诉。这一点在比较法上也具有适例。如《德国民事诉讼法》第139条、《日本民事诉讼法》第149条、《韩国民事诉讼法》第139条、我国台湾地区“民诉法”第199条均对法官释明作了明确的规定。现行德国民事诉讼法将释明规定为法官的义务,原则上承认法官对诉的变更、追加进行释明,并强调法官与当事人应全面地就诉讼资料进行事实上与法律上的讨论,以强化当事人在诉讼中的实质性参与,从而提升裁判结果的可信度。而且,由于德国诉讼标的的通说采二分肢说,即以原告告诉的声明与生活原因事实来特定诉讼标的。因而释明范围较为宽泛,如在请求权竞合的情形,德国并不认为存在多个诉讼标的,而是作为在同一诉讼标的范围内的法律适用,仍然属于释明的范围。对于不是同一声明或生活事实时,由于构成不同诉讼标的而涉及诉的变更的情形,德国联邦最高法院早期曾持消极态度。但晚近以来认为,如果诉的变更为适当,即可以避免后来的诉讼,更早地解决争议时,只要在当事人诉讼目的范围内,法官应向当事人释明终局解决纠纷的可能性(《德国民事诉讼法》第263条)。例如,在原告提起确认之诉时,法院应注意有无提起其他诉讼的可能,如果原告本可直接提起给付诉讼就可实现起诉的目的,则没有提起确认之诉的必要时,这时法院不宜直接驳回原告的起诉,而应释明,使原告有机会均为诉的变更或追加。基于同一原因事实,法院应向原告释明,促使提出“有益于事件之适当”声明。法官履行释明义务

⑧ 《法国新民事诉讼法》第4条规定“系争标的依诸当事人各自的诉讼请求确定”。当事人争议的界限按照各方当事人各自的诉讼请求确定。与此同时,《法国新民事诉讼法典》第12条规定:法官按照争议适用的法律规则裁判争议。法官应当对有争议的事实与行为做出或重新做出准确的定性,而不应受拘限于当事人可能提议的名称。无论当事人援引的法律依据如何,法官均得依职权提出纯粹法律上的理由。法官不受各方当事人为他们所订立的协议所给予的法律名称(法律定性)的约束。相反,法官有义务恢复对事实的准确定名(准确定性)。通过判例,法国确立了一系列的规则,包括对事实的重新定性,如将“因发生误解”而提出的无效之诉重新定性为“因精神上的胁迫”提起的无效之诉;对诉讼请求标的的重新定性,如诸原告在提出的不动产划界之诉的名义下实际上是依据其证书提起的“追还不动产之诉”并请求给予每一原告各自应得的所有权份额,由此将当事人提出的“划界之诉”认定为“追还财产之诉”,从而恢复了对诉讼请求的真正法律定性。参见前引④,罗结珍译书,第31-34页。

⑨ 参见[德]罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德《德国民事诉讼法》,李大雪译,法律出版社2007年版,第543页。

⑩ 参见[德]穆泽拉克《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第36页。

有助于以正确的声明方式来实现原告的意愿,保护其主观权利。^①

日本最高裁判所早在1970年就要求对诉的变更进行释明。就学理而言,日本民事诉讼法学界向来在辩论主义的框架内讨论释明的范围,将释明诉讼请求的变更视为积极释明的一种。否定释明诉讼请求的学者认为,这种释明违反处分权主义,且可能导致诉讼的迟延,而且即使未释明,也不影响原告提起后诉。但肯定释明诉讼请求的学者指出,以原告主张的事实为前提,如果其他请求权作为诉讼标的为适当时,或善解原告的意思而变更诉讼请求为适当时,应肯定法官的释明义务。即使采旧诉讼标的理论,基于纠纷彻底解决的观点,于“同一社会生活关系”下,法官应积极地释明诉讼请求的变更。^②还有学者提出,在当事人所表示的“系争利益”及事件之“事实关系”于新诉与旧诉为同一时,法官应释明诉的变更。^③

《韩国民事诉讼法》第136条规定,如果当事人有明显忽略的法律事项,法院应向当事人释明,以使当事人有充分表达意见的机会。而在实务上,韩国法院以避免增加负担为由,仍采用旧诉讼标的理论,但立法上规定法官有法律观点的释明义务。因此,有学者提出,当事人如果主张侵权行为赔偿请求,因过失难以证明,而如将请求变更为债务不履行时的损害赔偿有可能胜诉时,法院应该行使释明权。^④通过释明促使当事人提出合法的请求,从而迅速、经济地解决纠纷,促使当事人的合法权益最大程度地得以实现。

综上所述可以看出,德、日、韩三国对诉讼标的的理解与实务操作有别,但在释明诉请的变更上,共识多于分歧。不论采用何种诉讼标的的观点,立法与实务均要求通过法院对诉讼请求的释明,使当事人有机会利用一次诉讼来彻底解决纠纷。当然,法官的释明仅仅是给当事人提供变更诉请的机会,并不是替当事人主张权利,因此不会侵害当事人的处分权;而且,只要对诉请的释明仅限于同一事实(不是实体法上的要件事实,而是发生纠纷的具体生活事实,包括主要事实与间接事实;不限于起诉状中所记载的“事实”,还包括当事人提交的所有诉讼资料所记载、呈现的事实及理由,以及在法律调查和辩论中提出的事实;也包括对方当事人抗辩所提出的事实,法官职务上已知的事实),或者当事人追求的同一生活利益,也就不会背离辩论主义(当事人提出主义)。

因此,一方面裁判范围受当事人诉讼请求的约束,另一方面法院对诉讼请求承担特定的释明义务。具体而言,释明为当事人提出正确的诉讼请求提供了条件,有利于公正、及时地解决纠纷。如在案例1中,法院认定为继承纠纷,原告应提出析产诉请,但原告主张判令被告立即返还侵占的房屋,提起的是侵权之诉。显然,原告提出了错误的法律主张,法官对此应进行释明,给予原告提出正确主张的机会。但在本案中,一审法官未向原告释明而是直接判决确认原告享有对涉案房屋的份额,剥夺了被告提出抗辩的

^① Vgl. Althammer(2012), Streitgegenstand und Interesse, S.432。

^② 参见[日]伊藤真《民事诉讼法》(第4版),有斐阁2014年版,第307页。

^③ 参见[日]松本博之、上野泰男《民事诉讼法》(第8版),弘文堂2015年版,第59页。

^④ 参见[韩]孙汉琦《韩国民事诉讼法导论》,陈刚译,中国法制出版社2010年,第251-254页。

机会与权利;而且判非所诉,有违不告不理,因此被二审法院裁定撤销并发回重审。在案例2中,一审原告以股权置换提起诉讼,要求被告承担违约责任,法院以股权转让定案,且未告知原告可以变更诉讼请求。最高法院认为,本案中法院确认当事人股权转让关系并不改变原告的一审诉讼请求,不影响原告的实体权利,因而一审法院的做法不违背法律规定,也不违反法定程序。上述两个案例中,法院认定的法律关系与当事人的主张均不相同,案例1中之所以要求法院释明,是因为当事人的诉请(返还侵占的房屋)在法院认定为继承纠纷的情形下,是无法成立的;在案例2中,法院认为,无论原告是以股权置换,还是以股权转让为理由,均可以要求对方承担违约责任,因此确认当事人之间股权转让关系并不改变原告的一审诉讼请求(改变的是支持诉请的理由),不影响原告的实体权利,因而不需释明就可以作出判决。当然,应该注意的是,以是否“改变原告的诉讼请求”作为标准来决定是否需要释明,存在标准模糊与操作上的困难。

(三) 诉讼请求规则的体系化建构

如前所述,当事人诉请与法院审判之间一致是司法的“常态”,但诉请与裁判不一致也是需要正视的问题。一方面,要通过健全诉请的规则体系来给予当事人补充、变更、完善诉讼请求的机会,让当事人拥有更加完整的信息来促进诉讼决策的合法性、合理性,^⑤从而提出适当的诉讼请求。另一方面,法院的释明成为非常关键的环节。

1. 诉的合并规则。当事人与法院均负有促进诉讼的义务。^⑥就当事人而言,应该在一个案件、一次诉讼中,尽可能地将诉讼请求充分、完整地提出,除非存在正当的理由,不允许“蚂蚁搬家”式地“零星”提出,否则就会导致“五月雨”式的诉讼。在这一点上,美国的民事诉讼规则体系最为彻底,充分体现了实用主义的特点。^⑦美国通过诉讼请求的排除规则、争点排除规则、强制反诉规则与当事人诉求合并规则,最大程度地将同一事件引发的所有法律关系纠纷、涉及的所有当事人置于一次诉讼程序中加以考虑,有利于一次性彻底解决纠纷。当然,这是由美国司法制度本身的特点决定的。最直接相关的因素有,一是陪审团负责事实认定与证据评价。由法律外行的陪审团来认定事实,无需从具体的法律规范出发,而是要将与案件有关的事件、行为、证据、当事人一并纳入,

^⑤ 有学者指出应确立民事诉讼中当事人的真实义务,参见纪格非《我国民事诉讼中当事人真实义务的重构》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第1期。

^⑥ 参见周翠《现代民事诉讼义务体系的构建》,载《法学家》2012年第1期。

^⑦ 第一,诉讼请求的排除规则。即诉讼请求人仅有一次机会提出自己的诉求。第二,争点排除规则。在前一案件中已经争执并且裁决过的事项,不允许再次提起诉讼。第三,强制反诉规则。根据《联邦民事诉讼规则》第13条(a)款的规定,如果反诉与相对方提出的诉求均产生于“同一交易或事件”,则该反诉必须在该未决案件中提出。未提出强制性反诉的一方当事人将丧失提出该诉讼请求的机会,并在其他诉讼中也不能提出。第四,当事人诉求合并规则。根据《联邦民事诉讼规则》第18条(a)款允许原告对被告提出所有其能提出的诉讼请求,这些诉讼请求无需存在任何联系。参见[美]理查德·D. 弗里尔《美国民事诉讼法》(下) 张利民等译,商务印书馆2013年版,第645-650页。

作全面的评价与衡量,才能将普通人的情感与正义价值融入司法之中,才可能作出客观公正的裁判。换句话说,作为法律外行的陪审团在认定事实时,不需要考虑法律的逻辑与法律规范,而是依据普通人的认知、情感与判断,由代表人民的陪审团与代表法律的法官共同作出裁判,不失为一种良好的制度设计。而且,由于陪审团是临时性的,实行“一案一审”,客观上要求实行一次性、集中式的审理。二是美国的判例法传统,美国的司法制度本身就是基于经验主义与实用主义的,能解决纠纷的方法就是好的方法。基于判例法的传统与从事实出发的裁判思维,从纠纷事实中发现“应有的法”(汝给我事实,我给汝法律),本身就认为是实现正义的最佳方式。^{⑦⑧}

2. 诉的客观预备合并。所谓诉之客观预备合并,是指同一原告在同一诉讼程序中对同一被告,主张二个以上在法律上或者事实上不能并存的请求或者诉讼,在先位请求或者先位诉讼有理由时,不要求法院裁判后位请求或者后位之诉;在先位请求或者先位诉讼无理由时,才请求法院裁判后位请求或者后位之诉的合并之诉。^{⑦⑨}一般而言,对于事实不明、举证困难或者法律关系不明确,原告认为其提起的请求可能会被法院认为无理由时,原告可能主张有先后次序的多个请求,即以优先之诉求为先位之诉,退而求其次之备位之诉。先位达不到时,请求以备位。预备合并的基本特点是前后两诉具有先后顺序;前后两诉不能并存;先备位的关系于各审级始终存在。^{⑧⑩}法院对于预备合并之诉应一并审理、合并辩论。在法院认为原告的先位请求有理由时,则就其先位部分在主文中予以胜诉判决,就其备位部分无需为裁判;法院认为先位请求无理由时,则应就原告的备位请求为裁判。^⑪有疑问的是,如果第一审法院认为原告的先位之诉有理由而给予胜诉判决,但被告就该先位请求上诉第二审法院后,而改判该先位之诉败诉时,第二审法院可否直接就未声明上诉的备位之诉为实体审理?学说上一般认为,预备合并中的备位请求非属于独立请求,因此对于先位提起上诉时,备位也会附随移审。^⑫第二审仍然依预备诉之合并辩论并裁判,被上诉人未为预备声明者,第二审法院应当释明。^⑬

^{⑦⑧} 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。

^{⑦⑨} 参见李磊《预备反诉的法律特征及适用》,载《人民法院报》2015年2月4日。

^{⑧⑩} 参见林家祺《民事诉讼法新论》(增订第3版),五南图书出版社有限公司2015年版,第366-367页。

^⑪ 参见前引^{⑧⑩}林家祺书,第366-367页。

^⑫ 参见姜世明《民事诉讼法》(上册),新学林出版社2012年版,第321、326页。

^⑬ 参见杨建华、郑杰夫《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第218页。

我国的审判实务中,也有地方法院承认这种诉讼形态并就如何处理提出了相应的规则。^④

3. 诉的重叠合并(竞合合并)。指原告对被告主张数种请求,但是请求的目的是同一的,即只有一个诉之声明的情况。例如,甲与乙之间订有一租赁契约,甲出租A房屋于乙,租约到期后乙拒不还屋,又不付租金。甲可依据所有权返还请求权、租赁物返还请求权要求乙还屋。显然,在重叠合并的情形下,诉的声明是同一的,重叠发生在请求权竞合的情形下,因此只有采用旧实体法说(旧诉讼标的理论)才可能承认诉的重叠合并。^⑤重叠合并的审理,通说认为若系原告各项请求均有理由时,法院则应为原告全部胜诉判决,反之,如果各项请求均无理由时,则应为原告之败诉判决。争议之处在于,原告的各项请求为部分有理由、部分无理由时如何处理。多数见解认为,法院遇到这种情形时,应就全部之诉讼标的,一并审理而为胜诉或者败诉判决即可,除非原告声明仅请求法院择一而为判决外。^⑥又如,诉请撤销股东大会决议的诉讼与确认股东大会决议无效的诉讼,表面上看是两个诉讼请求,但从诉讼目的来看,都是通过法院的宣示使该股东大会的决议不发生效力。因此,即使原告提出的事实与原因不完全相同,也不应该允许原告在前一种诉请被驳回后再提起后一个诉讼。而应该在前一个诉讼中,由法官向当事人释明,给予原告提出所有事实、理由的机会。

4. 诉的选择合并。原告在提起的数个请求中,法院选择一个请求下判决。选择合并不同于预备合并、重叠合并。诉的客观预备合并,当事人就数项请求定有顺序,法院审理时受这一顺序的拘束。选择之诉要求法院选择对原告最为有利之诉讼标的而为判决。重叠诉之合并系各诉讼标的均请求法院为判决,而选择合并,仅请求法院择一诉讼标的为其胜诉之判决。在审理上,选择之诉的裁判,如各诉均有理由,择一裁判即可;其中一诉有理由其他诉均无理由时,择有理由部分为原告胜诉判决,无理由部分无需为原告败诉判决;各诉均无理由时,为原告败诉判决。^⑦选择合并,法院选择其中一诉为原告

^④ 如“长沙市中级人民法院关于房地产案件审理中有关疑难问题的解答(一)”指出,“补充性诉讼请求,又称预备性诉讼请求,是指当事人提出两个或两个以上的诉讼请求,为了防止第一位的主要请求不被承认,事先就提出如果第一位的主要请求不被承认就要求审理第二位或以上之次要请求,如果第一位的主要请求被承认就不用审理第二位或以上之次要请求的情形。我们倾向认为,人民法院应当允许当事人提出补充性诉讼请求,在未评议确定第一个请求能否支持前,对当事人的多个请求均应予以审理,其理由是:第一,虽然当事人所提的诉讼请求有两个或以上,而这两个或以上的诉讼请求之间不存在并列或包含的关系,且有时甚至相互矛盾或冲突,但这两个或以上的诉讼请求之间具有梯次,其先后顺序明确,且当事人所最终要求支持的请求亦具有唯一性,因此,补充性诉讼请求具体、明确,其符合《民事诉讼法》要求当事人起诉时有具体的诉讼请求的规定;第二,在实践中,当事人在第一位的诉讼请求没有得到支持的情况下,为使法院支持其第二位或以上的诉讼请求,往往需要重新起诉,重新交纳诉讼费用,而补充性诉讼请求则可将问题一次性解决,其不但减轻了当事人的诉累,亦节约了有限的司法资源;第三,当事人的权益受到侵犯时,如何提起诉讼,往往有多条路径(如提起合同之诉还是侵权之诉),而受既判力的约束,当事人在其第一位的请求被驳回后,其起诉第二位的请求有时亦不能得到支持而使其权利最终得不到救济,因此,允许当事人提出补充性诉讼请求,有利于维护当事人的合法权益,实现公平。”

^⑤ 参见前引^④林家祺书,第369页。

^⑥ 参见杨建华、郑杰夫《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第218页。

^⑦ 参见前引^④林家祺书,第371-372页。

胜诉之判决,已满足原告起诉之目的,原告对此判决不得提起上诉,被告对此之不利之判决,应得提起上诉,其未经第一审裁判部分之诉,应因被告上诉随同移审于第二审法院,第二审法院应将各诉合并辩论,如认为第一审判决正当者,应驳回上诉。若认为第一审判决不当,而未经裁判部分之诉为有理由者,则应变更原判决就第一审未裁判部分为原告胜诉之判决。第二审认为各诉均无理由时,除应废弃原判决外,并应驳回原告在第一审中全部之诉。如第一审诉为各诉均无理由驳回原告之诉,原告对该判决提起上诉,第二审仍应就各诉并为辩论。^⑧

我国司法实务中诉讼标的多采用旧实体法说,^⑨因此有选择合并之诉的广泛适用空间。以《合同法》第122条为例,因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。^⑩第122条从承担实体法律责任的角度要求原告选择违约责任或者侵权责任,以避免双重给付带来的不公正。但这一实体法律如何在诉讼程序中实现?从我国的实务来看,通常要求当事人起诉时即在违约责任与侵权责任两者中作出选择,并且适用不同的案由。^⑪如果原告选择后发现于己不利,在开庭前又要求变更诉讼请求的,法院也会允许。^⑫

有民法学者指出,在现行法框架下,主要受违约责任不能赔偿精神损害的影响,当事人无论选择何种诉由,都难以获得充分救济。为矫此弊,学界在实体法与程序法上都提出了解决方案。^⑬实体法方案主要有两种:一是将竞合限于固有利益受损的情形。二是将两种责任的内容(不包括责任方式)合并或融合。程序法方案解决的核心问题是诉讼标的与请求权的关系。最简单的方案是使当事人有权分别就不同的损害项目提起诉讼,但赔偿总额不得超过全部损害。^⑭与责任竞合密切相关的新诉讼标的论中的“一分肢说”为实现一次性解决纠纷和统一诉讼标的的数量的目的,以诉之声明为诉讼标的。但是它也无法解决违约与侵权请求权内容不同的难题。故学界或建议适用诉的客观合并制度,“基于对当事人处分权的尊重,基于切实保障当事人实体权利的需要”,加上对诉

^⑧ 参见杨建华原著,郑杰夫增订《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第219页。

^⑨ 参见沈德咏主编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第635页。

^⑩ 《民法总则》第186条基本沿袭了《合同法》第122条。

^⑪ 《民事案件案由规定》指出,民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不一致的,人民法院结案时应当根据法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系的性质,相应变更案件的案由。这就表示,民事案由首先(立案时)依据当事人主张来确定,但(结案时)案由的判断、变更仍属于法院的职权。

^⑫ 如《关于适用〈合同法〉若干问题的解释(一)》第30条有明确的规定“债权人依照合同法第122条的规定向人民法院起诉时作出选择后,在一审开庭以前又变更诉讼请求的,人民法院应当准许。”其实早在1989年最高人民法院在《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》的通知(法[经]发[1989]12号)也有类似规定“两个诉因并存的案件的受理问题。一个法律事实或法律行为有时可以同时产生两个法律关系,最常见的是债权债务关系与物权关系并存,或者被告的行为同时构成破坏合同和民事侵害。原告可以选择两者之中有利于自己的一种诉因提起诉讼,有管辖权的受诉法院不应以存在其他诉因为由拒绝受理。但当事人不得就同一法律事实或法律行为,分别以不同的诉因提起两个诉讼。”

^⑬ 参见谢鸿飞《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》,载《环球法律评论》2014年第6期。

^⑭ 参见叶林《违约责任及其比较研究》,中国人民大学出版社1997年版,第92页。

讼经济和矛盾裁判的权衡,应该认可甚至鼓励重叠合并。^⑤或建议采取预备的诉的合并制度,或以事实或诉的声明为诉讼标的,将请求权降为当事人的攻防手段。^⑥在比较法上,确实有一些国家采取类似方案,如西班牙司法实践允许受害人提起两项请求,或者选择一项请求权并将另一项请求权作为辅助请求权。未明确选择时,法院适用对其最有利的责任规范。^⑦在我国的司法实务中,若当事人未选择或选择不明的,法院通常从受害人利益最大化的角度,代受害人选择。^⑧其实这也是无奈之举,因为在当事人的损害没有得到完全填补,利益没有得到充分保障时,与其让当事人以新的诉讼请求另行起诉(采旧实体法说,诉讼标的并不相同,不受重复诉讼规制),还不如替当事人作出最优选择。然而,法院代替当事人作出选择,似乎有违法官中立,与辩论主义也存在龃龉,因此难免受到批评,使司法陷入左右为难的尴尬境地。

笔者认为,如果在规则层面允许原告起诉时提起选择合并之诉(即违约之诉与侵权之诉),既可以充分地保护原告(在一个诉讼中主张两个诉讼请求),也不会对被告的防御利益产生不利的影响(事实与证据是共通的),^⑨还可以避免由于诉的变更要求重新指定举证期限所导致的诉讼拖延,有利于缩短诉讼周期。同时,相对于驳回原告的诉讼请求后,允许其起诉提出另外的诉讼请求而言(也与法[经]发[1989]12号)有一定的冲突),可以极大地减少司法成本与当事人的投入。另行起诉意味着当事人重新起诉、登记立案、送达文书等程序事项“重来一遍”。当然,对法院而言,增加了一个案件;对律师而言,多代理了一个案件。但这样的投入是对整个社会资源的极大浪费。而且,尽管前后两个诉讼的诉讼请求不同,但解决的是同一个纠纷,生活事实是相同的,其实是“同一码事”。就选择之诉的审判而言,如果法院认为违约之诉与侵权之诉都成立,只需要选择对原告较有利的一个诉请进行裁判;^⑩如果法院认为两者都不成立,当然判决原告败诉;认为其中一诉有理由其他诉均无理由时,择有理由部分为原告胜诉判决,无理由部分无需为原告败诉判决。当然,如果在一个纠纷中可以主张两个以上请求权时,也可依

^⑤ 参见严仁群《实体法:请慎入程序法之域——以民事责任竞合为例》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2010年第3期。

^⑥ 参见段厚省《请求权竞合研究》,载《法学评论》2005年第2期。

^⑦ See Von Bar and Eric Clive(eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Sellier 2009, p. 3123.

^⑧ 参见王利明《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》,载《中国法学》2011年第3期。

^⑨ 有学者主张建立预备反诉制度,参见李祖军《我国预备反诉制度之建构》,载《政法论坛》2018年第4期。

^⑩ 参见“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”的裁判要旨,载《最高人民法院公报》2002年第2期,第61页。“陆红诉美国联合航空公司国际航空旅客运输损害赔偿纠纷案”的裁判要旨,载《最高人民法院公报》2002年第5期,第141页。

此类推适用。这样一来,司法“两难”的问题就不复存在。^⑩此外,《关于适用〈合同法〉若干问题的解释(一)》将变更诉讼请求的时间限制在“一审开庭前”过于苛严;另外这一规定与《证据规定》第35条关于诉讼过程中变更诉讼请求的规定之间存在冲突。笔者认为,宜将变更诉讼请求的时间放宽至法庭辩论终结以前,因为经过法庭调查之后,事实真相“水落石出”,法律关系也更为明了,辅之以法官的释明,当事人具备提出恰切的诉讼请求的条件,可以作出理性的选择与判断。

综上所述,在复杂的诉讼形态中,原告可提起预备合并之诉,即要求法院先审诉请A,如A不成立,再审诉请B;可提起重叠合并之诉,即先审A,如A成立,再审B;可提起选择合并之诉,即同时提起诉请A、B,由法院择一审判。即只要当事人诉争的“生活事实”是同一的,事实争点、证据资料与诉讼资料就具有共通性与关联性,就有必要于同一审理程序中加以解决。这样既充分尊重了当事人的程序选择权,又可减少当事人的讼累,还可减轻法院的裁判负担,避免矛盾裁判,可以达到多赢的局面。当然,在宽许诉的合并的同时,需要考虑诉讼程序之间的兼容性。具体而言,是指诉的合并不违反民事诉讼法关于级别管辖与专属管辖的规定,且各个诉均可以在同一种诉讼程序中进行。^⑪对此,域外法也有显著的范例,如《德国民事诉讼法》第260条就有明确的规定,原告对于同一被告有数请求,各请求虽系基于不同的原因,但只要都属于受诉法院管辖,又可按同一种诉讼程序进行时,可以合并为一个诉讼。又如我国台湾地区“民事诉讼法”第284条就规定,对于同一被告之数宗诉讼,除定有专属管辖者外,原则得向其中一诉讼有管辖权之法院合并提起。例外情形,系不得行同种诉讼程序者,则不得为之。《民诉法解释》第233条也规定,反诉属于其他法院专属管辖的,不得在本诉的法院提起,只能另行起诉。最高人民法院也表达过类似的法律见解,即同一原告对同一被告基于不同民事法律关系提出的复数请求,都属于受诉人民法院管辖且适用同一诉讼程序的,可以合并审理。^⑫

结 语

民事诉讼制度的现代化既是一个历史的课题,又是摆在我们面前的一项现实任务。如何通过改革使人民群众有更多的“获得感”,是衡量改革成效的重要标准。应该说,当事人所“诉”与法院所“审”“判”之间的一致,是民事司法的常态,也是民事程序法与实

^⑩ 王亚新教授曾深刻地指出,对于请求权竞合的情形,我国民事司法实务上要求原告必须事先二者择一,而不能将两种请求按照“诉的选择合并”或者“诉的预备合并”同时提出,当然也不允许在针对一个请求作出判决之后当事人再提出另一个请求。关于这样的处置方法是否能达到妥善的纠纷解决以及理论上应当如何加以说明等问题,还有待法学界和实务界今后予以深入的探讨。参见王亚新等《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第15页。

^⑪ 参见林洲富《民事诉讼法理论与案例》,元照出版公司2015年版,第141页。

^⑫ 参见最高人民法院(2010)民二终字第85号民事裁定书。

体法的规范性要求。为了避免、减少由于当事人所“诉”与法院所“审”、所“判”之间不一致,导致的反复起诉、重复审判所带来的司法资源的浪费与社会财产的不必要耗费,我们需要牢固树立“一次性解决纷争”的司法理念,在充分尊重当事人处分权与程序选择权的基础上,合理平衡原告与被告之间的程序利益与实体利益,构建科学合理的诉的合并规则体系;同时,由于当前我国当事人本人诉讼居多、不采律师强制代理,苛求当事人提出“适法”的诉讼请求并不现实,因此需要在确保法院中立的前提下,尽可能地将释明义务具体化、明确化,引导、促成当事人在第一审程序中提出“适法”的诉讼请求,从而尽可能在第一审程序实质性地解决纠纷,减少上诉与再审。当然,如何通过制度的革新以建立合理的机制来激发法官释明的“热情”,积极、适当地履行释明职责,是我们需要进一步思考的重要问题,笔者将另文探讨。

Abstract: Based on the legal principle of adversarial system, the need to respect the subjectivity of the procedure and the requirement to maintain the neutrality of the court, the object and scope of the court should be consistent with the claim of the parties. The claim should not be exceeded or omitted. When the parties' claims and reasons for litigation are inconsistent with the court's determination, the Civil Procedure Law of China and its judicial interpretation require the court to inform the parties that they can change the claim. But there is still no clear regulation on the disposal that the court fails to inform and the parties do not change. There are three ways with both advantages and disadvantages in the current judicial practice. Returning to the purpose of fair and efficient settlement of disputes in the civil litigation, especially for the need to expand the function of first instance, and following the basic legal principle, it needs to rationally construct a system of rules for civil lawsuit and judgment relations from the improvement of combining rules of claims and the elucidatory right of the court.

(责任编辑: 陈贻健)