

诉讼请求变更的规制及法理

张卫平

【摘要】我国民事诉讼法虽然原则上规定了当事人在诉讼系属中可以进行诉讼请求的变更,但是,由于没有对诉讼请求变更的应有条件以及相应程序作出规定,导致诉讼请求变更的随意性,并由此引发当事人双方之间就诉讼请求的变更是否正当的争议,从而极大地影响了诉讼的正常进行。诉讼请求的变更涉及到被告的防御权、诉讼效率、诉讼成本等若干问题,因此,如何设置诉讼请求变更的要件和程序至关重要。诉讼请求的变更不能简单依据案由来加以确定,而应当将诉讼标的作为判断根据。诉讼请求数额变更原则上不宜作为诉讼请求变更,而应分别纳入程序和管辖问题按照相应的制度予以处理。通过比较法研究,我国法可设置时间条件、被告同意及其例外作为变更要件。诉讼请求变更制度的有效运作,还有赖于变更程序的设置,并尽快通过司法解释加以规定,通过修订民事诉讼法实现法律文本制度上的完善和充实。

【关键词】诉;诉讼请求;诉讼标的;诉的变更;诉的追加;诉的合并;被告防御权

【作者简介】张卫平,天津大学教授。

【原文出处】《政法论坛》(京),2019.6.58~74

一、问题的提出

一旦当事人双方之间存在民事纠纷,并诉诸法律时,一方当事人作为原告将会向法院提出诉求,希望通过诉讼程序作出裁断,了断争议的民事纠纷。但基于各种原因,原告在起诉之时向法院提出的诉求,未必能够客观或妥当地反映原告的诉求,因此,在诉讼中就可能发生诉讼请求调整的情形,以新的诉讼请求替代原有的诉讼请求,以实现自己的诉求(包括策略性调整)。因此,在民事诉讼实践中,常常存在原告提起诉讼之后,提出变更或追加诉讼请求的情形。现行《民事诉讼法》第51条前段明确规定,“原告可以放弃或者变更诉讼请求。”该规定原则上明文认可了诉讼请求的变更。在最高法院的司法解释中对诉讼请求的变更也有直接或间接的规定。2015年最高法院《民诉法司法解释》第251条规定,“二审裁定撤销一审判决发回重审的案件,当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉,第三人提出与

本案有关的诉讼请求的,依照民事诉讼法第一百四十条规定处理。”^①《民诉法司法解释》第252条中对诉讼请求变更的程序有了进一步的规定。该解释第252条第1款规定,“再审裁定撤销原判决、裁定发回重审的案件,当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉,符合下列情形之一的,人民法院应当准许”。该条明确了在符合一定条件的情形下,当事人变更诉讼的行为是被许可的。在2001年最高人民法院制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》中更明确承认当事人有权变更诉讼请求,虽然这一认可是在举证时限的制度语境之下。因为变更诉讼请求涉及如何确定变更之后诉讼请求的举证时限问题。该规定第35条指出,“当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。”《民事证据规定》实际上成为规制诉讼请求变更的主要规则。

在大陆法系国家(如德国、日本、韩国)和地区(如我国台湾地区)现行法上均承认有条件的诉讼请求

变更。但在制度史上,大陆法系经历了一个从禁止到缓和以及许可的发展阶段。从古代罗马法起,在德国普通法时代,诉讼请求变更和追加都是被绝对禁止的。之所以在当时,法律上对诉讼请求的变更予以禁止,与当时人们对诉、诉讼行为的认识以及诉讼制度的设置有直接关系。例如,按照诉权消耗理论,诉提起之后,诉权就被消耗,变更和追加请求需要再消耗新的诉权^[1](P.191)]。即使到了德国普通法时代,诉的变更也依然被禁止。在那个时代,诉讼审理程序被严格地划分为辩论阶段和证据调查阶段。辩论阶段又被机械地区分为主张、抗辩、再抗辩阶段,且各辩论阶段须按顺序依次推进,即所谓法定序列主义。在辩论阶段,当事人必须将所有的主张同时提出,在这之后不再允许追加或补充新的主张。法院通过证据裁判对本证和反证提出的申请期限都作出了规定。当事人没有在规定期间提出所有同类攻击防御方法,则发生失权效果。这一制度被称之为同时提出主义(相对应的,有随时提出主义和适时提出主义^②)。同时提出主义强调程序的安定性和被告的防御利益,因此,诉的变更也就当然被禁止。由于诉讼审理阶段的形式化导致审理的死板和僵化,同时提出主义的失权效果又使得当事人为了防止主张的失权,不得不提出大量假定的主张和诉讼资料的堆积,导致诉讼大量迟延。此后,大陆法系国家纷纷抛弃了原有僵化的诉讼程式,实行口头辩论、辩论与证据调查混合以及随时提出主义。如此一来,诉的变更便不会给程序安定性和被告的防御利益带来太大的冲击和影响。证据可以随着主张的提出而提出,于是诉的变更也就有了存在的余地。诉的变更不仅对于实质上解决纠纷的诉讼目的以及对于原告和法院,甚至对被告也都具有诉讼经济利益,^③因此,诉讼的变更也就逐渐得以许可。1877年德国民事诉讼法制定时规定,只要被告认可,原告可以变更原来的诉讼请求。这一规定既照顾了被告的防御利益,同时又给予了被告处分权。以后随着诉讼制度的发展,大陆法系各国对对诉的变更也有了更为细致的规范。德国民诉法关于诉讼请求变更的制度也直接

影响了以后日本、韩国以及我国台湾地区。

我国民事诉讼法对于诉讼请求变更的态度,完全不同于大陆法系国家的发展情形。从新中国成立至1982年《民事诉讼法(试行)》制定之前,由于诉讼制度十分粗疏,人们不讲究诉讼请求的精确化以及对诉讼请求严格规制,因为大多数纠纷都是通过调解解决,诉讼程序是一种具有非讼性质的调解程序。对非对抗性的强调,也就自然忽视了被告的防御权。因此,对诉讼请求变更与否也全不在意。对于诉讼请求的变更在制度上没有明确否定或肯定的态度。在1982年《民事诉讼法(试行)》第46条中规定当事人可以变更诉讼请求。当时对诉讼请求的变更的认可,主要是基于对权利处分的抽象认识(诉讼请求的变更与当事人双方的自行和解、放弃和承认诉讼请求、提起反诉等都属于当事人对自己权利的处分。放弃、变更、承认被认为是权利处分的典型形态。)以及诉讼程序的非严格约束意识。没有迹象表明我国对诉的变更的认可是受了域外制度中诉讼请求变更理论和制度的影响。从制度层面来看似乎没有任何影响。因为如果有影响的话,对诉的变更设置相应的条件就应该是自然的。但这一点在我国民事诉讼法上没有任何体现。

正是由于对民事诉讼程序规定的粗疏,以及民事诉讼的调解化,^④使得《民事诉讼法》虽然有关于原告可以变更和追加诉讼请求的原则规定,却没有具体的程序和许可要件的规定。这一规制上的严重缺失也就导致了在诉讼实践中,当事人和法院在认识和处理诉求变更和追加有关问题的混乱。当事人双方常常围绕诉讼请求变更和追加的程序问题争论不休,进而影响了裁判结果的正当性。关于诉讼请求变更的问题不仅成为一审和二审争论的问题,也常常成为再审争论的焦点问题。为了实现民事诉讼公正、经济、快捷、适当解决民事纠纷的价值追求,对诉讼请求的变更和追加在诉讼制度上予以科学、合理的规制是必须的。

诉讼请求的变更和追加在制度规制上,必须要解决的主要问题是:诉讼请求变更应当以何种形式,

何时向法院提出,并告知对方当事人;诉讼请求的变更是否应当有所限制;如果应当予以限制,限制的条件是什么;一旦法院允许当事人变更诉讼请求会有什么法律效果;法院对于诉讼请求的变更请求的认可或否定应当以怎样的方式和程序,书面还是口头,是裁定还是决定;对于认可或否定变更的裁决,当事人是否应当有相应的程序救济;在二审和再审中是否应当认可诉讼请求的变更等等。这些问题当中,核心问题是关于诉讼请求变更的要件和程序设置。

欲对诉讼请求变更和追加予以科学、合理的规制,就必须在理论上明确:承认诉讼请求的变更的理由是什么;如果诉讼请求的变更是有条件的,则具体条件应当有哪些;限制条件如此设置的根据和理由是什么;诉讼请求变更的法律效果应当如何设定,其根据和理由是什么等。诉讼请求的变更虽然不是民事诉讼中最基础和最基本的理论问题,但诉讼请求的变更无疑涉及民事诉讼中的最基础和最基本的问题——诉,是诉的理论体系的有机组成部分,是诉这一基础理论的扩张和应用。

由于我国当下存在着民事诉讼实践与理论研究脱节的问题、法律制度供给不足以及研究队伍、研究能力、研究资料的限制,我国民事诉讼理论研究总体尚处于较低阶段。具体到对诉讼请求变更的理论研究方面,虽然近些年来学者们对其有所探求,但在系统性、深度和广度方面都还有很大的提升空间。在所有的教科书中关于诉讼请求的变更都是简单地一笔带过。相关的文章也不多。^⑤有的文章尽管对该问题的探究有一定的深度,但尚有一些问题没有予以深究、细探。例如,为什么在日本,诉的变更的规制要包括诉讼请求变更和追加,而不是分别加以规制;在认识诉讼请求变更的要件时,谈到了日本法要求必须在不变更请求基础的情形下变更诉讼请求,但没有深究这一要件设置的目的和原因所在^[1]。另外,还因为过去我国判例公开度不高,使得理论研究不能与实践很好地联接和对话,关于诉讼请求变更的研究缺乏针对性,存在自说自话的现象^[2]。正因为

理论研究方面的不足,也就无法为诉讼请求变更的制度建构提供足够的理论支持,对于实践中存在的问题亦不能给予有力的指引和提供解决方案。近些年来,随着判例逐步公开,学者无须通过自己的个体体验了解诉讼实践状态和诉讼实务存在的问题,在很大程度上打通了理论与实践的隔膜,基础理论研究在深度和广度上都有所深化和扩展,为深化诉讼请求变更的理论研究提供有利的条件。有鉴于此,笔者试图尝试在新的时期,就诉讼请求的变更在理论和制度构建的研究方面有所作为和增进,以推进这一问题的研究更为系统、深入和细致。

二、诉讼请求变更内涵的基本认识

厘清诉讼请求变更的涵义是讨论诉讼请求变更的制度建构的前提。当然在这一过程中,我们应当避免没有意义的争论以及对文义的考据和纠缠。

1. 诉讼请求的涵义

诉讼请求虽然是人们经常使用的概念,但却是一个具有多义性的概念。论及诉讼请求的变更自然也不能回避对这一概念基本含义的认识。某一概念的含义如何认识与确定,与人们对这一概念的一般认识或习惯性认识有关,而这种认识又与不同的时期有关。人们对某一概念的认识完全有可能随着时间的推移发生着变化。虽然现在的认识一定与过去有联系,但未必一定被历史上的认识锁定。因此,我们应当尊重人们现在的认识,否则不能为人们所接受,也就无法建立起讨论的基础。在学术研究上,我们有必要对某一概念含义的演变进行梳理,分析这一概念含义演变的原因所在,但不必非要照顾某一概念在原初时的含义。

毫无疑问,诉讼请求与诉有关,诉讼请求源于诉这一概念应该没有争议。作为诉的含义,诉一般是指当事人对特定双方之间,就特定的法的主张——权利主张(诉讼上的请求)向特定法院要求对其诉讼请求作出一定裁判的诉讼行为。法的主张、权利主张、诉讼上的请求与诉讼请求应当是等值的。相信这一点人们也是具有共识的。从诉的构成而言,包括诉的主体和诉的客体两个方面,诉的主体——

当事人和法院,^⑥诉的客体——诉讼上的请求(诉讼请求)。诉讼请求(诉讼上的请求)可以说具有三重含义——广义、狭义和最狭义。广义的诉或诉讼请求,既是指向法院也指向对方当事人。作为对法院的要求,当诉或诉讼请求符合诉讼要件时,法院就必须对诉的实质内容——诉讼请求作出本案判决(争议的实体问题的判决)。作为狭义的诉或诉讼请求是原告向被告提出的权利主张。最狭义的诉讼请求是指实体请求的权利本身。对于最狭义的诉讼请求,学界常常使用诉讼标的表述,两者之间在含义上是等同的^{[4]P.2)}。在我国也有的人将两者作为不同的概念。^⑦

2. 诉讼请求的变更与诉的变更

在阐述诉讼请求变更的基本含义时,首先需要解决的是诉讼请求变更与诉的变更这两个概念的关系问题。这里的问题是,我们在表述和规范诉讼请求替代性变动这一客观现象时,究竟是使用“诉讼请求变更”的概念,还是使用“诉的变更”这一概念。当然,我们也可以说诉讼请求变更与诉的变更就是同一概念,人们在阐述时往往也是将两个概念混用的。但笔者认为,尽管存在着混用的情形,却还是使用“诉讼请求变更”这一概念更加方便、直接和合理,虽然日本民事诉讼法和民事诉讼法理上使用的是“诉的变更”的概念(笔者以前也常常同时使用诉讼请求变更和诉的变更这两个概念)。由于受日本民事诉讼法理论的影响,我国也有不少学者使用诉的变更这一概念。笔者注意到,日本民法理论在阐述诉讼请求变更时,由于受诉这一概念的约束,就必须首先厘清诉讼请求变更中诉讼主体变更与诉讼客体——诉讼请求变更之间的关系。因为就大陆法系诉的理论而言,诉的基本要素由诉的主体(当事人、法院)和诉的客体(诉讼请求)构成,^⑧因此,从诉的变更来看,也必然应当包括诉讼主体和诉讼客体两个要素的变更。也就是说,作为诉的构成之一——诉讼主体(当事人和法院)的变更也应当归于诉的变更的范畴^{[4]P.242)}。但实际上,在日本民法理上,诉的变更已不再包括诉的主体变更。原因是诉讼主体的变更、相应的程序规制以及相应的法律效果等,法律

都有专门的规定,从而形成了相对独立的专门问题、规范与制度。在当事人变更方面,同样也形成了当事人主体变更的专门问题(诉讼承继)、规范与制度。这些问题与制度与当事人的概念、法律地位、权利义务等密切联系,与诉的制度并列,形成了民事诉讼的主要问题与制度体系——当事人制度;在法院的变更方面,主要是在当事人提起诉讼之后,因为管辖权的原因,导致法院主体的变更,成为与管辖有关的专门问题。因此,关于诉讼主体的变更也就没有将其放在诉的变更范畴之内来进行讨论,如果与诉讼客体的变更混在一起反而不利于问题的讨论和研究。如此一来,日本理论上的诉的变更实际也就仅仅指诉的客体变更了。因此,我们完全可以不再使用“诉的变更”这一概念,而直接使用诉讼请求变更这一概念更为直接和方便,也相应地减少了阐述上的烦琐——必须首先论述诉的构成要求与诉讼请求变更之间的关系。当然,使用诉的变更这一概念在有些情形也有其论述的便利性,例如关于诉讼请求变更的论述中,涉及变更后的诉讼请求适用的程序以及管辖权时,诉的变更就很容易与诉的概念联系起来,而如果使用诉讼请求这一概念时就显得不那么直接和自然。因为诉常常也指诉讼,程序和管辖也都直接与诉讼有关。管辖权的确定并非仅仅只考虑诉讼请求,还要考虑诉讼主体——当事人,地域管辖确定的一般原则即为被告住所地。

另外,从我国民事诉讼法规范来看,在法律上,我们已将诉讼请求变更与诉讼请求的追加并列,将诉讼请求的变更与诉讼请求的追加作为两种不同的诉讼行为,对其处理的方式也有所不同。诉讼请求变更是新诉讼请求更替原来的诉讼请求,是诉讼请求的替代。诉讼请求追加则是诉讼请求的合并。在日本民法理的概念上,诉的变更则涵括了诉讼请求的变更和诉讼请求的追加这两种形态——将诉讼请求的变更称之为诉的替代性(交换性)变更,而将诉讼请求的追加称之为诉的追加性变更——将诉讼请求变更与诉讼请求的追加涵括在诉的变更概念之下。这样统摄的好处在于便于统一就共同的程序问

题加以规制。的确,诉讼请求的变更与诉讼请求的追加在规则方面有着相同之处。例如,都涉及被告的防御利益以及如何对待诉讼效率与程序正义的关系问题。但一方面,由于两者毕竟存在差异,需要分别加以规制,另一方面,还有上述所言的问题。因此,无须在两者之上加盖一个诉的变更这样的“帽子”。在大陆法系国家,诉讼请求变更制度最早发端于德国。但德国理论上一般是将诉讼请求的变更与诉讼请求的追加并列。明确诉讼请求追加和限制诉讼请求都不是诉讼请求的变更^{[5](P.724)}。在论述诉讼请求变更与诉讼请求追加的共同问题时,采用参照适用诉讼请求变更规则的做法。诉讼请求的追加问题作为诉讼请求合并问题予以论述。

我国的诉讼实践中,也有的人从诉的构成要素来理解诉的变更,并进而将诉的要素整体的变化与诉讼请求的变化加以区分,将诉的要素的整体变化视为诉的变更。^⑨笔者认为,由于诉的整体变更必然涉及诉讼主体与诉讼请求的具体变更,而无论是诉讼主体的变更,还是诉讼请求的变更都有相应的规制,因此,再使用诉的变更这一概念在理论和实践上也就没有实际意义。

3. 诉讼请求的变更与诉的类型的变更

我国的诉讼实践中,也有的法院将诉的变更与诉讼请求的变更加以区别。将诉与诉讼的性质等同,因此,诉的变更也就成了诉讼性质或诉讼类型的变更。诉讼的性质是按照诉的某种类型划分来确定的,如侵权之诉、合同之诉、确认之诉、给付之诉、形成之诉。例如,在重庆市第一中级法院审理的田亚峥诉怡置北郡公司一案中,一审法院认为,当事人田亚峥在本案的起诉是以怡置北郡公司交付的房屋不符合双方合同约定为由,要求赔偿损失,这是请求权之诉。现田亚峥提出将诉讼请求变更为解除《重庆市商品房买卖合同》,这是形成权之诉。故田亚峥提出变更并不属于诉讼请求的变更,而是诉的变更。^⑩将诉类型的变更理解为诉的变更已经偏离了诉讼请求变更的基本涵义,因为诉的变更就是诉讼请求变更的一种表达方式,如果将诉讼请求类型的变更与

诉的变更混为一谈,无疑会使概念的适用人为的复杂化。

4. 诉讼请求的变更与请求理由的变更

当事人提出的诉讼请求要能获得法院的支持,就必须要有相应的理由。为了获得法院的支持,当事人往往在起诉时就会同时提出诉讼请求和支持诉讼请求的理由。与主张的诉讼请求一样,在诉讼中,最初提出的请求理由也有可能发生变化,除了追加新的诉讼理由之外,也有可能为了最终使诉讼请求获得支持而变更其请求理由。请求的理由包括事实理由和法律理由。这里所要讨论的问题是,如何看待诉讼请求的变更与请求理由变更的关系问题。如果单纯从文意的表达来看,似乎没有什么问题,诉讼请求独立于请求的理由,请求的变更与理由的变更自然是不同的,请求的变更与请求理由的变更没有关系。对诉讼请求变更的规制不能适用于诉讼请求理由的变更。但问题在于,由于诉讼请求与诉讼标的的关系,诉讼请求与请求的理由之间也建立起联系。

请求理由包括事实理由和法律理由。在事实理由方面,按照新诉讼标的理论(诉讼法说)诉讼标的包括事实(详见本文次节关于诉讼请求变更与诉讼标的的部分),则请求理由中的事实变更也是诉讼请求的变更。当主张的案件事实发生变更时,因为也属于诉讼请求的变更,需要满足诉讼请求变更的要件和程序。相反,依照旧诉讼标的理论,诉讼请求就是具体的实体权利主张,案件事实的变更与诉讼请求变更没有关系。请求理由的变更包括事实理由的变更都无需满足请求变更的规制要求。如果需要对主张事实变更进行约束,则应是独立的规制要求。因为事实理由涉及攻击防御方法——事实主张与举证。基于诉讼效率的考量,立法者将可能对事实主张和证据的提出进行限制,由此也必将影响到事实理由的变更。这种规制与诉讼请求变更的规制虽然在利益考量和价值衡平上是一致的,但却是不同的制度。例如,在我国,法律上对于事实主张、证据的提出实质上并没有限制,自然也就不可对诉讼请求变

更予以限制。在民事诉讼法中对于攻击和防御方法(主张和举证)采取的是随时提出主义,不存在主张和证据提出的失权效果。^①

在法律理由方面,因为涉及法律的适用,也就必然牵涉对主张权利性质的认识。而主张权利法律性质上的认识则又因为与诉讼标的的关联影响到了诉讼请求的变更。按照旧诉讼标的的观点,基于不同的实体法律关系,其诉讼标的是不同的,诉讼请求也就不同。从旧诉讼标的的理论来看,法律关系的性质就是请求原因^[6]。基于合同关系的请求权不同于基于侵权关系的请求权,基于继承关系的请求权不同于基于遗赠关系的请求权。虽然诉讼请求与请求原因不同,但请求原因的变更直接影响诉讼请求的性质,因此,请求理由中法律理由的变更也需要遵循诉讼请求变更的规则要件。但按照新诉讼标的的观点,诉讼标的的并不因为实体权利的性质不同而有所不同,需要根据案件的事实加以判断。相同当事人对同一事件的不同法律判断(法律理由),便不能构成诉讼请求的变更^{[5](P.723)}。

5. 诉讼请求变更的判断与诉讼标的

诉讼请求与诉讼标的是两个近似,甚至有时是等值的概念。但因为人们在使用中,往往在抽象和具体两个层面混用诉讼请求。相比较而言,诉讼标的就只能具体的,最小单位的权利主张^{[7](P.216、217)}。因此,诉讼标的就成为诉讼请求具体化的判断根据。诉讼标的的概念的作用不仅在于判断诉讼请求的变更,同时,对于诉的合并、重复诉讼、既判力的客观范围等也具有判断作用^{[8](P.47)}。在诉讼请求的变更方面,只要变更后的新诉讼标的不同于变更前的旧诉讼标的,就构成诉讼请求的变更。在实践中常见的情形是,原告在起诉状的诉讼请求明确为要求对方继续履行合同,但在诉讼中,考虑到合同有可能被判定不能成立,因此,将诉讼请求变更为基于侵权基础的损害赔偿请求。再如,原告最初的诉讼请求为返还本金,而后基于双方关系继续维持的需要,在诉讼中将其诉讼请求变更为仅要求被告给付利息。

诉讼请求的变更在学理上,虽然其判断标准是

诉讼标的,但在实践中,当事人实际起诉时,往往不会在起诉状中指明自己诉求的诉讼标的为何,通常只是概括地提出诉求——抽象的诉讼请求,例如要求承担法律责任,赔偿一定数额财产损失等。之所以如此,一方面是当事人有可能不清楚如何确定诉讼标的,另一方面也担心错误确定诉讼标的反而会招致对自己的不利。在提起诉讼时,往往也不能准确地将诉讼请求与请求原因加以区分。因此,在诉讼中,当事人认为只是请求原因或理由的变更,实际上可能是诉讼请求的变更。也有可能,诉讼请求本身并没有变更,仅仅是请求的原因或理由发生变更,而被告则认为诉讼请求已经发生了变更。因此,将起诉中笼统或抽象的诉讼请求或诉求准确地特定化为诉讼标的,以及区分诉讼请求与请求原因对于处置诉的变更非常重要。也因此,诉讼标的的界定和判断标准就成为关键。

关于诉讼标的,因为在理论上存在新旧诉讼标的的理论(或实体法说和诉讼法说)的区别,依据不同的理论,对诉的变更认识和处置也就有所不同,因此,诉的变更也需要根据这两种理论在不同的诉讼标的的内涵的情形下判断和处置。

按照实体法说(旧诉讼标的说),诉讼标的就是双方争议的实体法上的权利。在诉讼中,一个实体权利构成一个诉讼标的。不同的实体权利构成不同的诉讼标的。例如,本金请求权与利息请求权就是不同的诉讼标的。如果原告将最开始主张的本金请求更换为利息请求则因为诉讼标的的不同,因此发生诉讼请求的变更。如果原告在已经主张本金请求的情形下,又在诉讼开始后追加利息请求则因为利息请求与本金请求是两个不同的诉讼,从而构成诉讼请求的追加和诉讼请求的合并。

与实体法说不同,诉讼法说对诉讼标的的判断标准不是实体权利,而是基于请求的法的地位来予以判断。也就是说虽然可能存在若干实体上的权利,但从请求的法的地位来判断实际上依然可能只是一个纠纷,则并不能构成多个诉讼标的。诉讼法说所应对的是主要实体权利竞合的情形下,实体法

说所存在的缺陷。因为在实体权利竞合时,从法的地位来看,给付要求和事实关系实际上只有一个。诉讼法说考虑的是当事人请求的内容与纠纷的事实关系,而不仅仅是实体权利。结合诉的变更,按照诉讼法说的观点,在实体请求权竞合时,实体请求权之间的变更或追加并不构成诉的变更。^⑩

在国外,实体法说与诉讼法说在理论上一直长期争论,在德国,诉讼法说已为通说,^⑪在日本诉讼法说有逐渐成为通说的趋势,但在实践操作中实体法说依然占有主流地位。就笔者的认识来看,实体法说更容易理解也容易操作,也容易维系和协调与其他问题处置的关系,例如关于攻击和防御(事实主张和提出证据)的范围、法官释明权行使的范围、既判力的客观范围等,如果在请求权竞合的特殊情形下将案件事实作为考量的因袭,虽然理论上没有达到高度统一,但实际操作比较简单。因此,笔者主张在我国的实践中适用实体法说可能更好。尤其是在我国法官自由裁量余地不大,释明度不高的语境之下,运用实体法说相对而言更具有可操作性。

应当注意的是,在我国司法实践中,法院为了有效地进行案件管理,专门制定了《民事案件案由规定》(2011年修改)。但在民事审判的实践中,《民事案件案由规定》又实际上发挥着案件审理的指导作用。这导致当事人在提起民事诉讼时,往往要求将起诉的案件归入相应的案由类别(例如离婚纠纷、继承纠纷)之中。在有些情形下,如果不能将起诉的案件归入一定案由之中,则可能被认为不属于法院的民事主管而不予受理。符合一定的案由成为是否立案的条件或根据。^⑫从最高法院的案由规定来看,有的案由与诉讼标的(按照旧诉讼标的理论)等同,例如,物权确认、所有权确认。但有的案由虽与诉讼标的有关,但不等于诉讼标的,是按照纠纷的形态来加以确定的,例如,“返还原物纠纷”,并未明确其具体的诉讼标的,诉讼标的的确定需要根据实体法上的权利而定,即是基于所有权返还,还是基于使用权返还。诉讼标的不同,事实依据和适用的法律也都有所不同。因此,关于诉讼请求的变更不能简

单地依据案由来加以确定,而应当将诉讼标的作为判断根据。

6. 诉讼请求的变更与诉讼请求数额的变更

与诉讼请求变更相关的另一个问题是,诉讼请求的变更与诉讼请求数额变更的关系问题。诉讼请求数额的变更即通常所谓的诉讼请求在量上的变化。例如,请求数额的变化——从最初要求赔偿1000元改为5000元,或者相反从原来的5000元变为3000元。当然,也有从原来较大数额而后变为较小数额的情形,不过实践中前者为多。

人们通常认为,诉讼请求数额的变化不同于诉讼标的的更替,诉讼标的的变化属于诉讼请求质的变更。诉讼请求量的变化与诉讼标的的无关,虽然也涉及事实的变化,当事人双方在辩论中的攻击和防御方法上也相应的有所变化,但通常而言,在法律性质以及法律适用要件方面没有根本的变化,因此,没有必要将诉讼请求在量上的变化作为诉讼请求变更的情形来特别处置。这里涉及的问题是,如果将诉讼请求量的变化也视为诉讼请求的变更,则请求数额的变化也需要适用诉讼请求变更的条件。例如,如果对诉讼请求的变更设置了申请与同意要件则诉讼请求数额的变化也需要向法院提出申请并需获得对方当事人的同意。但这样一来,有可能导致因请求数额的调整带来不必要的程序负担,尤其是数额调整不大的情形下。因此,原则上不宜将请求数额的变化视为诉讼请求变更的情形,只有在数额变化涉及不同法律适用的情形时,才可以视为诉讼请求的变更,适用相应的程序要求。

再者,如果将诉讼请求数额的变化也视为诉讼请求的变更,则可能涉及诉讼程序和法院管辖相关制度的适用问题。因为诉讼程序与诉讼请求的数额有直接关系。现行的民事诉讼程序分为普通诉讼程序、简易程序和小额诉讼程序。这三种诉讼程序都是按照一定数额作为适用根据的。同时,由于诉讼请求的数额不同,管辖法院也有所不同。正是由于诉讼请求数额的变更涉及程序适用和管辖问题,因此也就不宜将诉讼请求数额的变更纳入诉讼

请求变更的制度规制之中,应当分别纳入程序和管辖问题按照相应的制度予以处理。

三、诉讼请求变更的要件设置

我国民事诉讼法早早地就认可了诉讼请求的变更,赋予了原告诉讼请求变更的权利。一方面,这种规定更多的是一种抽象权利的宣示性规定,以体现当事人权利的广泛性,诉讼请求变更的具体条件和程序则被忽略。另一方面,我国民事诉讼法在立法传统上,一直有着对纠纷解决程序简易化的追求,反感繁复的程序设置,因此,诉讼请求变更的条件和程序设置也就自然为这种认识所排斥。然而,在实践中,由于诉讼请求变更的随意性所引发的争议经常发生,已成为较为突出的程序纠纷问题。因此,如果仅仅从原告的角度和纠纷解决的效率而不顾及被告当事人的诉讼利益,显然是不妥当的。民事诉讼法的一项基本原则就是当事人诉讼平等原则。原告依据诉权提起诉讼,提出诉讼请求、主张和相应的证据,被告也应当享有相应的防御权。诉讼请求的变更涉及原告、被告和法院三方的利益。对于原告而言,诉的变更得到承认就可以免于撤诉再重新起诉的程序负担。另外,前诉的诉讼资料和陈述也可以继续得以利用。对于被告而言,既存在不利的一面,也有有利的一面。不利在于,原来准备的防御资料和方法可能变得没有意义,减少了原告的诉讼负担和压力。还因为诉讼请求的变更,需要准备新的抗辩资料,安排新的应对策略和措施。在诉讼请求变更没有限制的情形下,对被告的突袭性是显而易见的。如果从原告撤诉、起诉,被告再应诉这一点而言,在原有诉讼中彻底解决纠纷对被告也存在有利的一面。对于法院而言,诉讼请求的变更有利提高审判效率,减少法院的审理负担,无疑是有利的。总体而言,诉讼请求的变更对于一次性解决纠纷,提高诉讼效率是有利的。即使对于被告,也并非完全无益。因此,在面对诉讼请求的变更时,如何妥当处置是必须认真予以考量的问题。

诉讼请求变更控制的合理性集中体现在诉讼请求变更要件的设置上,即何种条件或情形下可以变

更诉讼请求。合理的要件设置有助于衡平诉讼中因各方利益和价值的冲突所导致的紧张关系。要件过宽或过低无疑有利于原告当事人,但对被告当事人不利,有损诉讼的平等性,侵害被告的防御权;相反,过严或过高对诉讼效率的实现不利,对原告当事人不利。德国从1877年有条件认可诉讼请求的变更以来,对诉讼请求的变更要件的规定就有若干次变化,甚至有改而复归的情形^{[5](P.726)}。可见,诉讼请求变更要件的设置并非易事。

(一)国外法中诉讼请求变更要件的设置

1. 关于诉讼变更的期限

从比较法的角度看,诉讼请求的变更应当在辩论程序终结之前提出,应当是域外(大陆法系国家)最具有共识的要件。由于法院围绕诉讼请求的审理总是以辩论程序结束为终结点,因此,从应然角度,诉讼请求的变更必须在辩论程序终结之前进行。这也是大陆法系国家和地区关于诉讼请求变更规制的通常做法。由于大陆法系国家和地区存在事实审和法律审的区别,所以,诉讼请求的变更当然要限制在事实审之中,即只有在事实审中才能变更诉讼请求。因为诉讼请求的变更涉及诉讼请求的事实与相应的证据调查,这是事实审程序中最为核心的内容。在我国的语境下,因为没有法律审,只有事实审,因此无需对这一点予以强调(从完善民事诉讼审级体系,强化司法统一性的角度而言,法律审制度有其存在的意义^⑤)。过去,我们在司法意识上一直不是太在意辩论程序的程序价值,所以法律上对于辩论终结对主要诉讼行为的约束效力还缺乏较为完整的规定。

2. 关于被告同意

由于诉讼请求的变更直接影响被告诉讼上的防御权,对被告的消极影响最大,因此基于诉讼平等原则和诉讼契约法理,被告的态度至关重要。德国民事诉讼法在1877年制定时,在将诉讼请求的变更限制在一审的基础上,规定诉讼请求的变更需要获得被告的同意。但德国法实施情形表明,诉讼请求的变更与否完全交由被告决定,可能无法达成对诉讼效率的追求,因为被告可能恶意使用该规定。对此,

德国民事诉讼法于1898年修改时将此要件修正为,不会明显增大被告防御的难度时,允许诉讼请求的变更。1924年德国民事诉讼法的修改又在此放松对诉讼请求变更的限制,被告在诉讼中的防御难度已经不再成为诉讼请求变更的限制性条件,只要有利于查明案件事实,诉讼请求的变更都是允许的(除去审级限制——限于一审)。^⑩这一改变显然与德国民事诉讼法关于事实探知态度的强化有密切关系。从20世纪初,德国民事诉讼法便从1877年所谓的自由主义转向相对更为强调事实探知的国家干预主义。20世纪三十年代德国民事诉讼法修改中真实义务的规定就是这种转向的具体体现。^⑪

在现行德国民事诉讼法中,被告同意依然是诉讼请求变更的要件之一。被告同意是单方诉讼行为,不可附加条件,也不能撤回。^⑫但在同意的形式要求方面却并不那么严格——只要在言词辩论中,被告没有对诉讼请求的变更提出异议,并对变更之后的诉予以应诉,或者原告使用了被告的陈述对变更后的请求权说明理由,也视为被告同意。^⑬如此规定,其目的还是在于缓和或衡平诉讼效率与被告利益之间的紧张关系。

3. 关于请求基础不发生变更

与此不同,日本民事诉讼法中关于诉的变更(包括替代性变更与追加性变更的情形)要件中并没有明确设置被告同意这一形式要件,尽管日本民事诉讼法视德国法为母法。日本法在诉的变更的要件设置上,完全抛开了当事人的态度,主要考虑的是审判效率。无论是实质性要件设置中的“请求的基础不发生变更”(日本民事诉讼法第143条本文规定),还是“不因请求的审理造成诉讼程序的显著迟延”(日本民事诉讼法第143条第1项但书规定)。实质性要件中“请求的基础不发生变更”这一要件被认为是日本在制度上的创建^{[4](P.232)}。

日本学者的基本观点是,被告同意作为诉的变更的要件过于主观,正如德国诉讼实践中所存在的问题,这一要件容易被被告所滥用,使得诉的变更无法实现其积极效益。相反,如果以请求基础不发生

变更作为诉的变更的要件更具有客观性,从而避免被告滥用同意权。^⑭虽然日本没有将被告同意作为诉的变更的要件,但日本理论认为“请求的基础不发生变更”这一客观要件的设定,依然考虑到了被告的防御利益,是从被告的关系角度,将诉的变更限定在了合理的范围之内^{[7](P.527,528)}。这可以理解为,只要请求基础不发生变更,对于被告而言,防御的目标就没有发生改变,也就不会对被告的防御造成不利的影响或造成大的困难。因为所有的攻击和防御都是围绕着请求的基础展开的。而且,实践中常常将被告的同意作为考量认可诉的变更的一个重要因素。^⑮在实践当中,被告同意或不提出异议实际上已经成为替代了请求基础不发生变更这一要件,在有的情形,即使请求基础发生了变更,只要被告同意或不提出异议,诉的变更也是有效的^{[4](P.233)}。

将请求的基础不发生变更作为诉讼请求变更的要件,虽然有利于克服被告同意的要件所带来的主观性,但如何界定和认识何谓请求的基础不发生变更却是理论和实践上的一个难题。理论上,“请求的基础不发生变更”是从旧的请求与新的请求的关联性来考虑的。也就是说,该要件的设定在于要求变更前后的请求之间必须存在联系。但这种关联性达到什么程度是解释论上的问题。例如,该关联关系是否意味着新旧请求之间的基础具有同一性^{[4](P.232)}。日本也有学者对此持肯定态度。^⑯

如何理解请求基础不发生变更这一要件的前提是,什么是请求的基础,只有厘清了请求基础的含义,才能把握什么是基础的同一性或非同一性。对此,日本理论界存在多种观点,如利益说、纠纷关系说、发生事实说以及事实资料同一说等。^⑰这些学说之间的差异往往是学者认识角度的不同。人们探究请求基础的变更,目的当然在于能够界定新旧请求之间的关联性,以确定诉的变更的客观必要性。不过,这一问题的探讨至今也没有一个定论,也难以有一个定论,给出一个客观并为大家所认同的抽象标准也许本身就是一个不可能完成的任务。因此,理论界对这一问题的争论也就只能交给司法实务界,

由法官们在实践中根据具体情况给出自己的判断结果,必须面对实务中的具体问题。正是如此,学者在具体说明时,通常是以法院的判例作为根据,^③但问题是,法院的裁判者与学者一样,也存在不同的认识,裁判结果也因此不尽相同。好在由于日本判例充分公开,通过判例学习,人们的认识有可能逐渐趋于统一。

4. 关于不因变更而迟延

在日本法中,不因诉讼请求的变更导致审理的显著迟延也是是否认可诉讼请求变更的一个十分重要的考量因素,因此也被作为诉讼请求变更的要件来考虑。这一要件的设定显然与诉讼效率的价值追求有直接关联。不得因诉的变更导致审理迟延,与上述日本法的请求基础不发生变更的要件具有同样的作用,都是为了保障诉讼审理的迅捷。请求基础不发生变更是一种更为内在的限制。不得迟延审理是必要充分条件,也就是说即使请求基础没有发生变更,被告也同意或实际应诉时,但诉的变更将导致审理的显著迟延,诉的变更依然不符合法定条件,诉的变更也是不合法的。

从国外的实践来看,对于因诉讼请求的变更可能导致审理显著迟延的判断,还是主要看新的请求的审理在事实方面能够有多少可以借用旧请求的诉讼资料。这一点与许可提起反诉的考虑有类似之处(即反诉与本诉应具有一定的关联性)。如果变更后请求的审理需要重新提出新的诉讼资料,并进行证据调查,这显然会导致审理程序迟延。例如,原告在提出利息请求之后又追加本金返还请求,即使请求的基础没有发生变更,但因为经济利益变化太大,原有的诉讼资料就可能不再被使用。例如,在利息请求的审理中,被告对本金的存在予以自认,但在本金请求追加为本案诉讼标的时,被告就可能重新对本金的存在进行争议了。

不过这一要件在我国的语境下,其适用的可行性可能存在问题。因为无论是法院还是当事人(尤其是当事人)均会认为,即使重启审理程序也比重新起诉立案来得更有效率。这里也许涉及我国起诉立

案制度的问题。当事人对起诉和立案的程序成本总是很忌惮的。

5. 关于纠纷解决的有用性或有益性

在德国法上,如果诉讼请求的变更有利于查明案件事实,有利于纠纷的实质性解决,避免重新开启一个诉讼,在此情形下,即使被告不同意,法院也可以允许诉讼请求的变更。这一变更要件在德国法理上被称为“有用性”或“有益性”。^⑤这里需要注意的是,被告同意与所谓“有用性”之间的关系问题。从德国法理的解释来看,在其有用性不是那么明确的情形下,被告同意将起决定性作用。相反,有用性或有益性十分明显的情形下,被告是否同意就没有意义了。

按照德国学者的理解,有用性或有益性体现在变更前后诉讼请求存有关联,其诉讼资料能够得到更有效地利用,更有助于查明案件事实,提升案件审理的效率。反之,如果变更后的诉讼请求需要引入全新的诉讼资料,这种变更就不利于查明案件事实,从而不具有有用性,也就不应当允许诉讼请求的变更^{[5](P.727,728)}。

(二)我国法中诉讼请求变更要件的设置

在我国诉讼请求变更的制度建构中,明确规定诉讼请求变更要件是必须的。我们也同样面临因诉的变更所带来的利益和价值冲突问题。那么,我们应当如何设置变更的要件是一个值得认真讨论的问题。结合国外的情形,我国法中关于诉讼请求变更可设置以下要件:1. 诉讼请求变更应当在辩论终结之前提出;2. 诉讼请求变更需征得被告同意。被告同意可以默认的方式。如此设定要件是基于被告防御权的考量;3. 诉讼请求变更可能严重迟延诉讼的,即使被告同意,法院也可以否定诉讼请求的变更。如此设定考虑了对诉讼效率的价值追求。从上述德日两国关于诉讼请求变更要件的设定来看,似乎日本法的规定更具有合理性(日本法虽然一直强调德国法是母法,但实际上在其制度建构中,也是无时无刻不在想着如何避免德国法的不足,实现制度建构的超越),但如果就实际运用而言,在其操作性方面,似

有不如德国法来的简便可行。尽管日本法的规定可以通过司法实践以及与学界的沟通交流,逐渐统一达成共识,但这一过程存在着大量的试错和证伪成本。这是我国在制度建构中所应尽量避免的。德国法关于被告同意加法院对诉讼迟延判断的综合裁量,虽然有些简单,但其实用性是可取的。加之,就诉讼请求的变更而言,被告的防御利益是最容易被侵害的,因此,应当首先顾及被告的防御利益,毕竟当事人平等是民事诉讼的一项基本原则。对诉讼效率的追求以及限制被告滥用其权利的裁量交给法官处置。如此规定,比之由法官去解释何谓请求基础变更与否,其对法官的压力还是小一些。尤其是在法官权威度不高,自由裁量空间较小的情况下,德国法的做法似乎更具有可借鉴性。

四、诉讼请求变更的程序及相关问题

诉讼请求变更的制度规制另一个更重要的方面是关于诉的变更程序的设置。甚至从有效实施的层面而言,比之诉讼请求变更要件的设置更具有意义。一旦有程序上的设置,有些实体性问题就可以通过程序交由法官予以处置。在我国民事诉讼制度的构建中往往缺少程序设置,使得具体的诉讼制度空转无法落实。例如,诉的变更之后需要向法院提出申请,那么这也涉及以下问题:(1)以何种形式向法院提出;(2)是否需要法院予以确认;(3)对方提出异议时应当如何处理;(4)如果设置被告认可的要件,在形式上是明确认可,还是默认可,默认可是否适用推定形式等等。这些关于诉讼请求变更的程序事项在我国民事诉讼法、司法解释规范中均没有明确的规定。因此,诉讼请求变更的制度构建中,诉讼请求变更的程序规定是必须补上的。在其程序设置方面,笔者认为以下几个方面应当加以规定:

1. 诉讼请求变更的申请

诉讼请求变更应当在起诉立案之后,辩论结束之前向法院提出申请。

如果诉讼请求的变更是在起诉立案之前,则因为案件尚未处于诉讼系属之中,也就不属于诉讼中的诉讼请求的变更,原告通过修改起诉状即可任意

变更,不受诉讼请求变更要求的约束。

《民事证据规定》第34条第3款规定,当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。《民事证据规定》之所以这样规定,是出于证据交换和焦点整理的需要。另外,也可能是基于主张和证据提出失权的角度。^⑤诉讼请求变更作为一项权利而言,从其正当性角度出发,该规定可以解释成鼓励当事人在举证期限届满前提出,而非必须在举证期限届满前提出。因此,还是将诉讼请求的变更最终限定在辩论终结之前为妥。

诉讼请求变更的申请应当以书面的形式(考虑到简易程序、小额诉讼程序的简易性要求,诉讼请求变更的请求也可以口头的形式)。诉讼请求的变更要求明确以书面申请的形式提出。这是因为只有原告向法院明确提出变更申请并将其书面申请送达给对方当事人,才能发生相应的法律效果(变更申请书在效力上也相当于诉讼请求状。变更申请书的提出也会发生相应的法律效果,例如发生新诉讼请求的诉讼系属,^⑥并由诉讼系属产生如中断诉讼时效等法律效果。我国《民法总则》第159条第3项规定,诉讼时效因权利人提起诉讼而中断),以便对方当事人就是否同意诉讼请求的变更予以斟酌。在同意诉讼请求的变更的情形下也便于被告对变更后的诉讼请求进行辩论准备。诉讼请求变更的书面申请也便于法院对诉讼请求的变更是否符合条件,进行审查和判断。在我国的诉讼实践中,关于诉讼请求的变更中争议最大的问题是,双方当事人就诉讼请求是否发生变更,法院对变更后的请求作出裁判是否正当,容易发生争执。这一问题的发生就是因为缺失关于诉讼请求变更的申请程序和形式。因此,在法律上明确其申请程序以及相应的效力,具有十分重要的意义。

在诉讼中,如果当事人在辩论陈述中实际上变更了诉讼请求,法院发现其诉讼请求变更时,应当指出诉讼请求已经发生变更,并要求其履行相应的程序——原告在变更申请书中明确其变更后的诉讼请求。在必要的情形下说明新旧诉讼请求的不

同。在提出申请之后,法院可以依职权对是否为诉讼请求的变更进行调查。调查的形式,一般情形下就是对原告进行询问,通过释明,明确其真实意思表示。对诉讼请求的变更的审查和判断属于职权行为,无需以对方当事人就原告诉讼请求变更的行为提出异议作为职权调查的启动根据。

2. 对诉讼请求变更的处置

由于诉讼请求的变更属于本案诉讼中的程序事项,因此,从我国的裁判形式来看,裁决的方式应是裁定(大陆法系国家和地区通常将这种裁决称之为中间判决)。裁决的法律意义在于,如果作出裁决驳回原告关于诉讼请求的变更的申请后,法院将继续审理原诉讼请求,对方当事人无须就当事人变更后的诉讼请求进行答辩,法院也不能在终局裁判中就未能合法变更的诉讼请求作出裁判,只能就原有的诉讼请求作出裁判。当法院审查之后,裁决诉讼请求变更合法,则诉讼将围绕变更后的诉讼请求进行,被告无须在对变更前的诉讼请求进行抗辩以及实施其他防御措施。当然,如果原有的诉讼资料与变更后的诉讼请求存在联系,原有的诉讼资料包括证据依然可以在变更后的诉讼请求的审理和辩论中使用。

在诉讼中,如果被告认为原告当事人实际变更了诉讼请求,并对诉讼请求的实际变更提出异议的(在普通诉讼程序中,对诉讼请求变更的异议应要求以书面的形式提出),法院应当予以审查。认为异议成立的,告知原告履行诉讼请求变更的相应程序,不履行变更程序的,法院将在明确原有诉讼请求的情况下继续审理,最终的裁判对象依然是原有的诉讼请求。在当事人没有按照诉讼请求变更程序提出变更申请,被告也没有提出异议的情形下,当事人诉讼请求的变更是否有效是一个有争议的问题。问题在于,能否因为被告没有提出异议视为默认诉讼请求变更的诉讼行为。在民事诉讼法理上,对于一方诉讼行为缺失或未满足行为要件的情形下,可以基于对方当事人放弃异议权(责问权),使得该诉讼行为的瑕疵被治愈。^②笔者认为,基于诉讼请求变更对被告

的重大影响,诉讼请求变更如果没有满足变更的要件之一——被告同意的情形下,可因为被告没有提出异议,视为其默认诉讼请求变更,但如果诉讼请求的变更没有履行变更程序的,不因被告没有提出异议使得其程序瑕疵自动治愈而有效。

诉讼请求的变更实际上开始了一个新的诉讼,因此,诉讼请求的变更也必须满足法律对审理法院的管辖权。只有审理法院对变更后的诉讼请求同样具有管辖权时,对变更后的诉讼请求的审理才是合法的。考虑到纠纷解决的效率性,可以将管辖限制在不得违反专属管辖的层面。一旦违反专属管辖,就只能另行向有管辖权的法院提起诉讼请求。但这一问题不属于诉讼请求变更的要件问题,而是管辖问题。

法院对诉讼请求变更的裁定是否应当予以程序上的救济,也是一个需要考虑的问题。对于不同意变更的情形,无须对法院不许变更的行为予以救济。但对于同意变更诉讼请求的,被告对此提出质疑的,考虑到诉讼请求的变更对当事人的影响,可以给予当事人程序救济的权利。但没有必要按照现行的救济方法——向上一级法院申请复议,可采取向作出裁定的法院申请复议的做法,以减少复议救济程序对诉讼效率的影响。在制度上可明确规定,在复议期间不停止案件审理的进行。

3. 新旧诉讼请求的关系

在更替性诉讼请求变更的情形下,如何对待更替前的诉讼请求,同样是一个需要阐明的问题。在诉的追加性变更的情形下,只是发生新诉讼请求与旧诉讼请求的合并审理问题,原有的诉讼请求依然存在并得以与新诉讼请求合并继续审理。但更替性变更的情形就有所不同了,原有的诉讼请求因为被新的诉讼请求所替代,因而不能继续存在。按照一般的情形,诉讼请求不复存在,要不是原告放弃实体请求,要不是原告撤诉即撤回诉讼请求。放弃实体请求时,诉讼依然存在,法院对诉讼请求作出裁判,并以被告胜诉而终结。原告撤诉时,诉讼程序因原告的撤诉而终结。那么,作为替代性变更,显然不是

原告放弃实体请求,因为放弃实体请求时法院依然要对诉讼请求作出裁判。那么,变更诉讼请求时,能够选择的就是视为原诉讼请求已经撤回。当然如果要求原告必须经过撤诉,然后再起诉的程序提出新的诉讼请求,无疑会增大诉讼成本(按照我国案件受理费的收取办法,原告撤诉应承担50%的案件受理费。撤诉还涉及实施撤诉行为及再起诉的时间成本等)。在大陆法系国家(例如德国、日本等)的民事诉讼理论中,原告撤诉涉及到被告的诉讼利益和权利(被告也有要求法院对已经进行的原来诉讼请求作出裁判的权利^⑨)等问题,因此原告撤诉需要征得被告的同意,没有被告同意不能发生撤诉的法律效果。^⑩正好,诉讼请求变更时被告的同意,无论是明示还是默示都可以视为对原告撤诉的同意,也就符合了撤诉的基本条件。原告对诉讼请求的变更申请即为新诉讼请求的提起。现行撤诉制度由于没有充分注意到对被告程序利益的维护,而是单纯从原告的诉讼权利处分角度出发。因此,在制度规定上,原告撤销无须得到被告的同意。原告撤诉除了需要形式要件之外,法院还可以对撤诉的实质要件进行审查。这一制度设置也体现了法院对当事人权利处分的职权干预。

4. 法院告知下的诉讼请求变更

在民事诉讼审理中,根据法院的告知,原告变更诉讼请求大概是我国民事诉讼的一个特色。^⑪《民事证据规定》第35条第1款规定:“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。”从举证时限制度的角度来看,该条规定的主要目的是,在当事人变更诉讼请求的场合,不适用有关举证时限的规定。因为按照举证时限制度的规定(《民事证据规定》第34条),当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料,当事人在举证期限内不提交的,视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料,人民法院审理时不组织质证。但由于在诉讼中有可能发生当事人主

张的法律关系性质或者民事行为的效力与法院认定不一致的情形,根据现行制度,在法院允许当事人变更诉讼请求的情形下,诉讼请求变更之后必然涉及新的证据提出,如果诉讼请求变更以后依然受原举证时限的约束将是不合理的。因此,司法解释规定,诉讼请求变更后提出的证据不再受原举证期限的限制。

在诉讼实践中比较常见的情形是,当事人诉讼请求所依据的合同关系实际上无效,但当事人主张其有效,而且往往是双方均认为是有效的,原告也是根据这一合同提起诉讼请求。例如资金拆借合同纠纷的诉讼中,一方当事人要求对方当事人返还所拆借的本金、约定的利息以及违约金等。法院在审理该案件时发现该资金拆借合同本身是无效的。按照一些法院审判实务的做法,直接判决使用资金的一方当事人应当返还,并比照银行同期利息数额赔偿给对方。如果该资金拆借属于违规操作,在个别场合,法院会判处一定数额的罚款,并上缴国库。也就是说实务中多数情况下,并不按照变更诉讼请求来对待。但这种做法在理论上存在问题,原诉讼请求是要求履行合同返还拆借资金以及利息和违约金,合同无效以后,利息和违约金的问题都将不存在,而是非法使用他人资金所导致的返还和赔偿损失的问题。后者是原告在诉讼中所没有请求的。按照现行《民事证据规定》,法院认定合同无效的,应当告知原告,由原告选择是否变更诉讼请求,通常情况下原告会将诉讼请求由合同履行请求,变更为所有权返还请求和损害赔偿请求。^⑫

除了从举证时限角度认识诉讼请求变更外,另一个重要的问题则涉及法院在审理中初步认定诉讼请求认识错误或不能成立的情形下,变更诉讼请求与诉讼请求变更要件的关系以及变更诉讼请求的法律后果问题。由于我国民事诉讼中的这种告知具有较强的职权干预特色,因此也就导致了上述相关问题的发生。首先,在告知变更诉讼请求与诉讼请求变更要件的关系上,是否意味着,告知变更不需要再考虑法律设定的诉讼请求变更的要件?其次,变更

诉讼请求之后,在上诉审中变更后的诉讼请求被驳回的情况下,第一审法院是否应当承担释明不当的责任?

对于第一个问题,笔者的认识是,法院对诉讼请求不能成立的告知,实际上已经包括了法院对诉讼请求变更实质条件的考量,认为变更符合诉讼效率,否则不应当对当事人释明变更诉讼请求。由于是一种职权干预,因此,被告是否同意就不在考量之列,即使被告不同意变更,也不能阻止诉讼请求的变更。当然,如果原告不愿意变更,依然要坚持原来的诉讼请求这是另一回事。也有一种非干预主义的认识,即法院的告知只是一种提示,当事人对诉讼请求的变更依然需要满足所有诉讼请求变更的要件——需要向法院提出变更申请,需要被告的同意等主观要件。如果被告不同意时,法院只有在基于诉讼效率的考量的前提下才能准予变更诉讼请求。因为既然告知当事人,说明法院已经考虑了本案中变更诉讼请求与诉讼效率的关系问题。如此一来,被告是否同意应当不是问题了。关于第二个问题,即法院是否应当告知当事人变更诉讼请求的问题。实践和理论上的争论是,一审法院告知后,原告按照其告知变更了诉讼请求,但在上诉审中,该诉讼请求并没有得到上诉法院的支持时,一审法院是否应当承担不当告知的责任。这种情形的假设前提是,如果不变更诉讼请求,有可能上诉审法院反而会予以支持。但这种假设过于抽象,一是变更后的诉讼请求不能成立也可能是基础事实上的问题,在这种情形下,与是否变更诉讼请求就没有关系了。再有,即使法院告知不当也不会承担具体的责任,每一级法院都有自己独立判断的权利,且这种责任也无法得以体现。

5. 上诉审和再审程序中诉讼请求的变更

在理论上,上诉审程序中是否许可诉讼请求的变更,与上诉审性质的设定和认识有直接关系。关于上诉审性质的设定有三种体制:复审制、事后复审制和续审制。^③如果上诉审被认为是复审,而非本案审理的延长或者续审,只是基于第一审的资料对一审判决的纠正,则作为诉讼请求的变更就是许可

的。如果是事后复审或续审,则不得在上诉审中进行诉讼请求的变更。从我国上诉审的设定而言,属于比较典型的复审制。上诉法院可以就当事人之间的纠纷进行全面审理,以便对纠纷作出公正的裁判。因此,诉讼请求的变更满足一般条件的,应当许可。但即使是复审制,如果诉讼请求的变更涉及违背专属管辖时,即变更后的诉讼请求属于专属管辖,且与原诉讼请求管辖不一致时,基于专属管辖的原因而不得进行诉讼请求的变更。例如,原诉讼请求属于合同债权,而变更之后的诉讼请求基于不动产请求权的情形。虽然在上诉审中可以变更诉讼请求,但是不能以变更诉讼请求提起上诉。也就是说,不能为了变更诉讼请求而提起上诉。因为上诉是对原裁判不服而提起的。单纯为了变更诉讼请求,获得二审法院支持,不具有上诉利益,^④因此不能为此提起上诉。

在德国、日本等大陆法系国家,第二审依然是事实审,只要第二审要进行口头辩论程序,原则上可以进行诉讼请求的变更。不过,基于上诉利益的要求,原告的请求获得全部认可的,不能为了诉讼请求的变更提起上诉。如果被告提起上诉,原告可以通过附带上诉的方式扩张原来的诉讼请求。^⑤我国的上诉审虽然也是事实审,但上诉审是对一审裁判结果不服的救济,针对第一审对诉讼请求的裁判,因此,从审级利益角度,似乎不应允许诉讼请求的变更,但如果被告同意或者上诉审变更的新诉讼请求与一审中的诉讼请求在请求基础上具有同一性是否也可以变更是有讨论的余地。被告同意可以视为被告放弃审级利益,诉讼请求的变更就应当予以认可。这一点可以从当事人程序处分权得到解释论上的支持。如果更多地考虑争议解决的效率性,则日本理论上关于请求基础与诉讼请求之间关系的讨论就具有实际意义了。

再审程序实际上包含两个阶段——再审事由审查阶段和本案再审阶段。在再审事由审查阶段,审理针对的是原判决是否具有再审事由,围绕的是申请再审人关于再审事由的主张是否成立,因此,不存

在诉讼请求的变更问题。当再审事由成立,进入再审的第二个阶段——本案再审之后,是否可以变更诉讼请求与本案再审的目的有直接关系。本案再审的目的不仅是决定是否撤销原有的判决,同时也是为了解决当事人之间的民事纠纷。在解决民事纠纷这一点上,本案再审与一般民事诉讼没有差异,只要符合变更诉讼请求的要件,变更诉讼请求应当没有问题。《民事诉讼法司法解释》第252条第1款也规定,“再审裁定撤销原判决、裁定发回重审的案件,当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉,符合下列情形之一的,人民法院应当准许”。发回重审与本案再审都是对原纠纷的全面审理。

结语

诉讼请求的变更如何处置,涉及诉讼效率与程序正义两者之间的关系;在主体方面涉及原告、被告与法院的三方关系;在诉讼制度上,涉及诉讼标的、管辖、起诉立案、言词辩论、上诉、再审等,因此诉讼请求的变更问题是一个民事诉讼法上的综合性问题,妥当地处理诉讼请求的变更必须要平衡各种关系以及与其他相关制度的协调和整合。

虽然,正确把握诉讼请求变更的关键在于对诉讼请求变更要件的合理设置,而要件的把控又离不开法官针对具体情形所做的自由裁量(要做到自由裁量的正当性,法官的素质保障是一个前提。法官素质的保障又要依赖于现代法官制度的建立和完善,显然要实现这一点还有较长的过程)。尽管在具体案件的处理上,的确存在着对诉讼请求变更要件把握的难度,但只要审理者在诉讼请求审理方面给予了充分的程序保障,也就守住了审判公正的底线。无论诉讼请求变更,还是没有变更,守住底线是最为重要的,毕竟诉讼公正优于诉讼效率。

在认识诉讼请求的变更问题时,我们注意到国外,如德国、日本等对诉讼效率尤为看重。这种重视与他们特定的诉讼语境有关。这一点也是我们需要特别注意的。在程序建构的历史过程中,由于程序的不不断聚集和叠加,几乎所有法治发达国家的诉讼制度都存在着“诉讼肥大化”的弊端。因此,对于他

们而言,如何简化诉讼程序,提高诉讼效率,是一个更为迫切需要解决的问题。对于我国这样一个尚处于法治发展初级阶段的国家,程序建构还远远不够,如何更充分地实现程序公正是目前阶段更应重视的问题。因此,在诉讼请求变更问题的处置上,重点还在于诉讼请求变更程序的设置。缺失诉讼请求变更的程序是我国制度上目前最大的问题。当下,最为重要的程序制度建设就是尽快通过司法解释规定诉讼请求变更的程序和基本要件,在司法解释的范畴下实现对诉讼变更的制度规制,在法律修订机会来临时及时实现法律文本制度上的完善和充实。

注释:

①该条解释也再次提到了诉讼请求的变更。不过《民事诉讼法》第140条只是关于诉讼请求或诉的合并的规定,而诉讼请求的变更并不涉及合并的问题。

②随时提出主义是指,在诉讼口头辩论阶段总结前,当事人可以随时提出攻击和防御方法(有利于自己的主张和举证),没有期限或阶段的限制;适时提出主义是指,在诉讼口头辩论中,当事人应当适时地提出攻击和防御方法,其攻击和防御方法的提出可能导致诉讼延迟时,当事人不得再提出。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323页。

③对于原告和法院在诉讼经济上的利益是显而易见的。对于被告而言,如果不允许诉的变更,导致原告的诉被驳回的情形,原告还有可能再次起诉,同样也会给被告造成讼累。相反,在某些情形下,承认原告诉的变更对被告也是有利的。

④所谓民事诉讼的调解化,是指诉讼调解在和谐社会的政治形势下得以倡导和强调,成为多数民事诉讼案件的必经程序和结案方式,使得纠纷解决的价值追求在某种程度上可能超越公正裁判的价值目标。参见张卫平:“诉讼调解:时下势态的分析与思考”,载《法学》2007年第5期。

⑤从笔者在知网上检索的情形来看,公开发表的相关文章不超过10篇。

⑥至于有学者还提到的证人、鉴定人等,这些人都只是参与人,不能作为诉的主体,应当没有问题。

⑦在《民事诉讼法司法解释》涉及是否重复诉讼的判断标准时,该司法解释将诉讼请求与诉讼标的分别作为两个概念来使用的。但并没有说明这两个概念的区别何在。笔者的理解是,最高法院的司法解释是将诉讼标的作为诉讼请求的内

容来看待,是一种实体法的权利主张,而诉讼请求是指向法院的主张,属于诉讼法的主张。也只有如此理解,对于重复诉讼的判断可能才有实际意义。不过,这种区分的问题是有可能加重了人们对诉讼请求认识上的混乱状态。

⑧关于诉的要素,国内也有二要素说和三要素说。但国内的二要素指的是诉的理由和诉讼请求。三要素则包括诉的理由、诉讼请求和当事人。见江伟主编:《民事诉讼法》(第四版),法律出版社2012年版,第75页。

⑨参见广东省佛山市中级人民法院(2006)佛中法民五终字第470号二审民事判决书。

⑩参见重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民终1362号二审民事判决书。

⑪尽管在2001年《民事证据规定》有关于举证失权的规定——举证时限制度,但实际上并没有完全实施(关于制度的实施情形,参见张卫平:“民事诉讼中举证迟延的对策分析”,载《法学家》2012年第5期),并且在2012年《民事诉讼法》修改时,又否定了举证失权的正当性,恢复到了无失权的原初状态(参见张卫平:“中国民事诉讼法立法四十年”,载《法学》2018年第7期)。可以说新《民事诉讼法》在主张和诉讼资料的提出方面,比过去走得更远。正是我国民事诉讼法宽松、粗疏的程序规制和便捷、灵活的程序处置以及偏重于追求实质正义的理念,为诉的变更提供了主客观条件。

⑫关于诉讼标的理论的诉讼法说,详见[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,第671、672页;张卫平:“论诉讼标的及识别标准”,载《法学研究》1997年第4期。

⑬参见[日]三木浩一等:《民事诉讼法》,有斐阁2018年第3版,第49页。进一步说明,德国的诉讼标的与日本的诉讼标的,在认识上存在差异。

⑭从应然的角度看,民事案由的功能定位应当回归法院管理功能,不能过分强调民事案由在案件审理上的指导作用。关于案由规范的功能调整,详见曹建军:“民事案由的功能:演变、划分与定位”,载《法律科学》2018年第5期。

⑮在大陆法国家如德国、日本,上诉审的第三审(上告审)为法律审。与第二审的事实审不同,第三审中不涉及事实认定问题,仅涉及法律适用问题。关于法律审,详见[日]三月章:《民事诉讼法》,弘文堂1985年版,第538页。关于我国法律审建构的必要性,参见张卫平:“民事诉讼法法律审的功能及构造”,载《法学研究》2005年第5期。

⑯关于德国民事诉讼法中诉的变更的历史演变,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,第726页。

⑰张卫平:《转换的逻辑:民事诉讼体制转型分析》,法律

出版社2007年修订版,第80-82页;任重:“民事诉讼协同主义的风险及批判——兼论当代德国民事诉讼基本走向”,载《当代法学》2014年第4期。

⑱Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, §263 Rn.7. (本文德文资料均为中国政法大学民商经济法学院欧元捷博士提供,在此表示谢意。)

⑲Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, §263 Rn.31.

⑳参见[日]菊井维大:《诉的变更》,载《民事诉讼法讲座(第一卷)》,有斐阁1954年版,第208页;[日]中村宗雄:《诉的变更与请求的基础》,载《判例民事诉讼法研究(1)》,岩松堂1939年版,第385页,转引自[日]新堂幸司、福永有利编集:《诉·辩论的准备》(《注释民事诉讼法(5)》),有斐阁1998年版,第268页。

㉑参见日本最高裁判所1954年6月8日判决,载《民事裁判集》第8卷第6号,第1037页。

㉒参见[日]中村宗雄:“诉的变更与请求的基础”,载《判例民事诉讼法研究(1)》,岩松堂1939年版,第385页,转引自[日]新堂幸司、福永有利编集:《诉·辩论的准备》(《注释民事诉讼法(5)》),有斐阁1998年版,第265页。

㉓利益说认为,诉是达成当事人利益主张的手段,请求基础的同一性也意味着利益的同一性。请求前后利益是同一的,即表明请求基础没有发生变更。参见[日]中村宗雄:《诉的变更与请求的基础》,载《判例民事诉讼法研究(1)》,岩松堂1939年版,第385页,转引自[日]新堂幸司、福永有利编集:《诉·辩论的准备》(《注释民事诉讼法(5)》),有斐阁1998年版,第265页。纠纷关系说认为,请求基础主要是看新旧请求是否因为法律上的同一生活关系或同一经济利益发生的纠纷,如果是基于同一纠纷,则说明基础是同一的,如果不是同一,则表明请求的基础发生变更。参见[日]兼子一:《新修民事诉讼法体系》(增订版),酒井书店1966年版,第372页。事实发生说认为,请求的基础是指作为诉讼标的的权利发生的事实。该事实如果没有发生变更,则请求的基础没有发生变更。参见[日]小山升:《民事诉讼法(现代法律学全集)》,有斐阁1989年第5版,第546页。资料同一说认为,新请求与旧请求在事实资料之间密切联系,即同一是诉讼继续审理的正当化基础。因此,诉讼资料的同一性也就意味着请求基础的同一性。参见[日]三月章:《民事诉讼法(法律学全集)》,有斐阁1959年版,第138页。

㉔在日本民事司法中,有大量的涉及如何理解请求基础是否发生变更的判例。1.法院判断为请求变更,但请求基础未发生变更的情形。如当事人以虚假转让表示作为原因,要求所有权转移登记撤销登记请求变更为以欺诈转让为理由要求所有权转移登记撤销登记请求的情形(日本最高裁判所

1951年10月18日判决,载《民事判例集》第5卷11号,第600页);再如,将基于房屋部分租期届满,要求交付该部分房屋的请求变更为基于所有权要求交付整个房屋的请求(日本最高裁判所1963年6月4日判决,载《最高裁判所裁判集民事》第66号,第329页)。2.法院判断为请求变更,其请求基础也发生变更的情形。如将基于国家赔偿法主张的赔偿请求变更为基于违约解雇要求支付工作酬金的请求(大阪高等裁判所1969年8月5日判决,载《判例时报》595号,第64页)。

⑤Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, §263 Rn.32.

⑥关于我国民事诉讼中的举证时限,参见张卫平:《民事诉讼中举证迟延的对策分析》,载《法学家》2012年第5期。

⑦特定案件通过起诉,特定为一定的法院审判的状态就是诉讼系属。案件的特定是以当事人的诉讼请求为根据。因此,诉讼请求的变更必然涉及诉讼系属的变化。在诉讼系属发生的时间点上,有两种不同的观点——“提出说”和“送达说”。按照“提出说”的观点,起诉状提出时发生诉讼系属,则相应的诉讼请求变更的情形即为诉讼请求的变更请求提出之时。如果按照“送达说”,则诉讼系属产生的时间为起诉状送达被告之时。按照“送达说”,对于诉的变更就稍微复杂一些。诉的变更有送达的,不用说是送达之时发生法律效力。如果诉讼请求变更的申请虽然没有送达被告,但因为被告在诉讼程序对诉的变更没有提出异议(放弃程序异议权),使得诉的变更行为的瑕疵得以治愈时,诉的变更同样有效。在此种情形下,诉讼系属从诉讼请求变更提出之时起产生。关于诉讼系属形成时间的学说,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161、531页。

⑧按照诉讼行为及异议权理论,当一方当事人实施的诉讼违反程序规定,形成瑕疵时,该诉讼行为并非当然无效,在对方当事人放弃对该行为的异议权或者丧失异议权时,该诉讼行为的瑕疵即被忽略,所实施的诉讼行为依然具有相应的法律效果(程序异议权在国外民事诉讼理论中,也称为责问权。意思是一方当事人对方诉讼行为的程序瑕疵予以责问的权利)。由于当事人放弃异议权,异议权的丧失使得诉讼行为的瑕疵被忽略,依然具有相应的效力,其原理源自民事诉讼的特性。在民事诉讼中,当事人双方是平等的民事利益主体,当事人可以自由处分自己的诉讼权利,在诉讼中,当事人不仅有主张、抗辩的权利,也有对方诉讼行为进行监督的权利。监督权是通过异议权的实施具体发生作用的。一旦当事人放弃异议权或丧失异议权,则表明对方瑕疵行为的忽略,对方的诉讼行为的效力得到认可。异议权的丧失不同于异议权的放弃,是指法律对异议权的行使设置一定的期间,在该期间内没有提出异议的,异议权丧失。异议权的放弃,是异议权主体

向法院明示不行使异议权的情形。详见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年第4版,第131-132页。国外关于异议权的理论,详见[日]三木浩一等:《民事诉讼法》,有斐阁2018年第3版,173-175页;占善刚:“民事诉讼中的程序异议权研究”,载《法学研究》2017年第2期。

⑨禁止诉的变更也是基于这一指导思想。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,第729页。

⑩在撤诉中,由于纠纷的解决没有获得程序上的保障,撤诉就可能使被告之前为此进行的防御活动完全变得没有意义,因而法律上通常规定,如果被告已经对原告提起的诉进行了某种防御,进而产生了获得驳回请求判决的利益,那么,不经被告同意,撤诉就不会发生效力。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239页。

⑪在国内也有学者认为《民事证据规定》第35条的告知属于释明权的行使。笔者认为,这里法院的告知不同于法院对诉讼请求的释明,法院的释明是在当事人对诉讼请求的认识存在错误时,促使其正确表达诉讼请求的性质,告知则是指依据请求的事实和法律,原告提出的诉讼请求不能成立,应该予以变更,变更后的诉讼请求尚有成立的可能。法院的这种告知实际具有初步认定的性质,类似于国外民事诉讼中的中间判决。详见,张卫平:“民事诉讼‘释明’概念的展开”,载《中外法学》2006年第2期;另见,曹云吉:“释明权行使的要件及效果论——对《证据规定》第35条的规范分析”,载《当代法学》2016年第6期。

⑫实践中,各地法院对诉讼请求变更的理解和操作具有多样性,对此,可详见任重:“释明变更诉讼请求的标准——兼论‘证据规定’第35条第1款的规范目的”,载《法学研究》2019年第4期。

⑬关于上诉审的三种类型,详见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年第4版,第352页。

⑭所谓上诉利益,是指当事人启动上诉审程序进行审理的必要性。上诉利益被视为上诉的要件之一。当事人提起上诉之后,法院应当对该上诉是否具有上诉利益进行审查,无上诉利益的驳回上诉。比较典型的无上诉利益的情形,如一审完全胜诉的当事人提起上诉。因为上诉的利益只有遭受不利裁判的一方才享有。部分败诉部分胜诉的情形双方都有上诉利益。将上诉利益作为上诉的要件有助于减少上诉以及减轻上诉审理的负担。参见[日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第418页。

⑮所谓附带上诉(附带控诉)是指,被上诉人在上诉人上诉主张的审判范围之外,提出不服原判决的主张。附带上诉是被上诉人自己已经丧失上诉权的情形下(例如,上诉期限已

过),无直接上诉机会时,作为附带上诉提出自己不服原裁判的主张。这种情形通常发生在,原判决对于原告的请求部分承认的情形(对于双方而言都是部分胜诉或部分败诉)。此时,双方当事人有可能采取看对方态度而行的态度,对方上诉,自己也上诉,对方不上诉,自己也不上诉。然而有时,对方上诉时,自己已经丧失上诉的时机。因此,为了公平起见,大陆法系国家,如德国、日本设置了相应的补救制度——附带上诉制度(附带上诉制度,详见[日]三月章:《民事诉讼法》,弘文堂1985年版,第531、532页)。我国的上诉审由于没有严格限制其上诉审理范围,因此,附带上诉的意义似乎没有那么突出。

参考文献:

[1][日]菊井维大:“诉的变更”,载《民事诉讼法讲座(第一

卷)》,有斐阁1954年版。

[2]毕玉谦:“诉的变更之基本架构及对现行法的改造”,载《法学研究》2006年第2期。

[3]张卫平:“改革开放以来我国民事诉讼法学的流变”,载《政法论丛》2018年第5期。

[4][日]新堂幸司、福永有利编集:《诉·辩论的准备》(《注释民事诉讼法(5)》),有斐阁1998年版。

[5][德]罗森贝克、施瓦布、科特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版。

[6]曹云吉:“释明权行使的要件及效果论——对《证据规定》第35条的规范分析”,载《当代法学》2016年第6期。

[7][日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版。

[8][日]三木浩一等:《民事诉讼法》,有斐阁2018年第3版。

Regulation and Legal Theory of the Change of Litigation Claim

Zhang Weiping

Abstract: Although the Civil Procedure Law of China stipulates in principle that the parties can change litigation claim in the legal proceedings, the arbitrariness of the change of litigation claim is caused by the absence of its conditions and corresponding procedures. This also causes a dispute between the parties about whether the change of litigation claim is legitimate, which further greatly affects the normal conduct of the lawsuit. The change of litigation claim involves controversies about the defendant's defense rights, litigation efficiency, and litigation costs. Therefore, how to set the requirements and procedures for the change of litigation claim is very important. The change of litigation claim can not be determined on the basis of case's cause, but should be determined by the subject matter of the action. In principle, the change in the amount of litigation claim should not be viewed as the change of litigation claim, but should be included in the issues of procedure and jurisdiction and dealt in accordance with the corresponding system. Through the research from the perspective of comparative law, time condition, the defendant's consent and its exceptions shall be set in China's law as the essential elements of the change of litigation claim. The effective operation of the litigation claim change system also depends on the setting of the change procedure, so it needs to be stipulated in judicial interpretation as soon as possible, and the improvement and enrichment of the system in legal text can be realized through the revision of the civil procedure law.

Key words: Action; Litigation Claim; Subject Matter of Action; Alteration of Claim; Addition of Claim; Merger of Claim; Defense Rights of the Defendant