

德奧「訴訟標的理論」發展之現況

徐美貞*

目 次

- 壹、訴訟標的 (Streitgegenstand) 之意義及定義
- 貳、各國學說發展及其內容
 - 一、德、奧學說
 - 二、中華民國學說
- 參、造成訴訟標的理論分歧之原因
- 肆、訴訟標的與「法律保護目的」

壹、訴訟標的 (Streitgegenstand) 之意義及定義

「訴訟標的」又稱爲「訴訟上之請求權」，兩者用語雖有不同，但其概念則完全相同，日本學者則稱之爲「訴訟物」。其與民法上之請求權之區別爲，訴訟標的 (訴訟客體) 係純粹民事訴訟法上概念，意指原告在訴之聲明中所表明欲法院爲判斷之要求 (Das Begehren der im Klageantrag bezeichneten Entscheidung) (註一)，或原告向被告所爲之權利主張 (Eine an den Beklagten gerichtete

* 國防管理學院法研所兼任副教授，逢甲大學法律教學組專任副教授。

(註 一) Rosenberg-Schwab, ZPO 10 Aufl. § 96 IV。

Rechtsbehauptung) (註二)。而民法上之請求權，即係既存之實體法上之權利。換言之，訴訟標的乃原告個人主觀上向被告所主張之權利或法律關係，在客觀上未必已經確實存在者也。實體法上客觀既存之權利非即為訴訟標的，因為在消極確認之訴，其訴訟標的係以不存在之權利為客體。法院以原告請求之權利不存在為理由而駁回其訴之情形，始能說明，何以既存之實體權利不存在時，原告之訴訟並非不具備訴訟標的。否則，在原告毫無實體權利之情形下，原告之訴訟等於未有訴訟標的提出。因此，訴訟標的之概念，係原告個人主觀上向法院或被告所為之權利主張，並非客觀上真正存於原告之實體權利。

自訴訟標的概念之發展觀察，最早為民法上之請求權即是訴訟標的，民法學者及民事訴訟法學者，尚無區別實體法之請求權與訴訟法上請求權之能力。直至 Hellwig (註三) 時，民事訴訟標的之概念正式確立，所謂訴訟標的乃指原告在訴之聲明所表明之具體權利主張 (Rechtsbehauptung)。自 Hellwig 確立訴訟標的之概念以後，再也無人視民法上之請求權為訴訟標的。

貳、各國學說發展及其內容

一、德、奧學說

舊訴訟標的理論 (Pollak, Neumann) (註四)，其訴訟標的即是實體法上的請求權，今日已被認為過時了。被反對的理由，如單純訴訟程序上的訴訟 (像確認無效之訴) 即無實體法上的請求權，或於原告之訴因無理由被駁回確定，因確定判決已宣示原告所主張之實體法上之法律關係不存在，則該訴訟即變成無訴訟標

(註 二) Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und in Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1958, S. 141 ff.

(註 三) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 156; Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 3 Bde, I, S. 150, III, S. 237 f; Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand, § 19, S. 136 ff.

(註 四) Pollak, System des oesterreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes (1932), S. 280; Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (1927) I, S. 150.

的。

新訴訟標的理論，於德、奧兩國發展情形如下：

1. 二分肢說 (Der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff)

- 根據奧地利民事訴訟法第二二六條，訴訟無論如何必須包含一個特定之聲明和逐一地簡短、完整的陳述事實，該事實即為原告聲明中所提出的主要事物及次要事物。

而民事訴訟法第二三五條清楚的表示，訴訟標的理論中事實 (Sachverhalt) 之意義。訴之聲明變更 (第一項) 或訴訟之事實陳述的變更 (第二項) 或訴之理由變更 (第四項) 皆被視為「訴之變更」。

於奧地利，通說即採二分肢說，訴訟標的除了訴之聲明 (Klagebegehren) 亦即法律結果之主張 (Rechtsfolgebehauptung) 還包含訴之理由 (der Klagegrund) 亦即聲明的事實基礎 (die Tatsachengrundlage des Begehrens) (註五)。一個窄的訴訟標的理論，於訴訟中變更對於事實的提出，只要符合訴之變更，是比較困難的。但如果第一個訴被駁回判決確定，而以同樣的訴之聲明重新作主張，並於聲明中以另外一個事實理由提出，則第二個訴訟之繫屬是比較容易的。

如何區分這是另外一個事實理由，(尤其是部份的事實構成要件同的情形)，就此問題，二分肢說產生如下兩個不同觀點：

I、由「法規所產生」之事實理由之理論 (Die Theorie vom “ rechtserzeugenden ” Sachverhalt)

(註 五) Sperl, Lehrbuch der Buergerlichen Rechtspflege, S. 305 ; Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (1928) II, S. 869 ; Pollak, System des oesterreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes (1932), S. 390 ; Petschek/Stagel Der oesterreichische Zivilprozess(1963), S. 268 ; Wolff, Grundriss des oesterreichischen Zivilprozessrechtes (1947), S. 273 ; R. Kralik, Die rechtliche Beurteilung im Prozess, OJZ 1958, S. 34 ; Holzhammer, Oesterreichisches Zivilprozessrecht (1976), S. 172 ; Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (1959-1974) I, S. 336, III, S20 ; ders Rz 1160 。

根據二分肢說，是否同一訴之檢查，決定於是否存在同樣的由「法規所產生」之事實。而所謂由「法規所產生」之事實，即指該事實必須清楚地或根據所陳述之內容符合法律所要求之構成要件。新提出的事實必須符合另一構成要件，亦即另一新的法規，（Fasching 學者稱之為「由事實理由建立之」事實），此即為不同的訴訟標的。單純地補充事實理由中之事實，而未改變其概括性，則被認為非另一個訴訟標的。此種區分方法固有其優點，能清楚區分訴訟標的，然而它卻走向狹窄的訴訟標的概念，亦即由事實理由所建立之事實是由法規構成要件來決定，非常接近三分肢說。於請求權競合的某些情形（比較理想競合 Idealkonkurrenz），導致同時或先後重複起訴之必要性，而這些訴訟很難被認為是合理的。

II、生活事實理由之理論（Die Theorie vom “Lebenssachverhalt”）

本理論將事實歸納成單一的「生活過程」或「生活事實理由」。一個在歷史上並非一定視為同一之事實，如果根據交易概念以及自然之看法，是一體的話，則被視為是同一之事實。例如：訂約之談判行為、訂約、物之給付及消費；錯誤及瑕疵擔保之契約解除請求權，根據事實理由也是同一的（雖然這些個別的歷史事實如訂約時之錯誤、瑕疵物之給付是不相同的）。

此種見解形成一個較窄的二分肢說之擴張並且避免了採第一說重複之訴之困擾。可批評的是，「生活事實理由」這個概念本身無法嚴格的被區分，以致形成某些法律不確定感。

- 於德國，通說亦採二分肢說，（但事實（Sachverhalt）之區別，經常採用實體法上的構成要件）（註六）。實務界亦多採此見解（註七）。Schwab 的一分肢說，其理論較少被採用（註八）。惟德國聯邦法院（BGH）偶而

（註六） Lueke，Muench Komm ZPO，RdNr 31 vor § 253 ZPO。

（註七） Vgl BGHZ 79，245 = NJW 1981，1097；NJW 1981，2306 = WM 1981，1036；NJW 1983，388 = FamRZ 1983，27，NJW 1983，2032；NJW 1984，371；NJW-RR 1987，683；NJW-RR 1987，525；NJW 1988，1964；NJW 1989，393。

（註八） Schwab，Der Streitgegenstand im Zivilprozess S. 183 ff；Rosenberg/Schwab，Zivilprozessordnung，S 567；vgl jetzt aber Rosenberg/Schwab/Gottwald，Zivilprozessrecht，Erkenntnisverfahren，15.Auflage 1993，S. 532。

也認同其見解（註九）。

二分肢說係由 Rosenberg 及 Nikisch 所首創，依此說之見解，事實理由與訴之聲明兩者均為構成訴訟標的之重要要素。凡事實理由與訴之聲明任何一要素有多數之情形，即發生多數之訴訟標的，從而有訴之合併，此兩種要素之一發生變更或兩種要素均發生變更之情形，即為訴之變更。被告對於原告得為訴訟繫屬之抗辯情形，限於前後兩訴訟之事實理由與訴訟之聲明均同一之場合始得為之。如法院就原告之訴為判決確定後，原告重行起訴時，其訴訟有無違反判決既判力之規定，應視原告之訴是否基於新的訴之聲明或新事實理由為斷。惟值得注意者 Rosenberg 與 Nikisch 所謂之事實理由（Sachverhalt）乃指不以實體法加以評價之事實關係而言（註一〇）。

德國民訴法第二五三條：I Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift).

II Die Klageschrift muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.

III Die Klageschrift soll ferner die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes enthalten, wenn hiervon die Zustaendigkeit des Gerichts abhaengt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht, sowie eine Aeusserung dazu, ob einer Uebertragung der Sache auf den Einzelrichter Gruende entgegenstehen.

IV Ausserdem sind die allgemeinen Vorschriften ueber die vorbereitenden Schriftsaetze auch auf die Klageschrift anzuwenden.

V Die Klageschrift sowie sonstige Antraege und Erklaerungen einer Partei, die zugestellt werden sollen, sind bei dem Gericht schriftlich unter Beifuegung der fuer ihre Zustellung oder Mitteilung erforderlichen Zahl

（註九） Vgl vor allem BGHZ 37, 371 = ZZP 75 (1962) 458 (zust Schwab) = NJW 1962, 1016.

（註一〇） 陳榮宗，民事程序法與訴訟標的理論，1984年版，337頁。

von Abschriften einzureichen. (註一一)

詳而言之，對於所主張之請求權之原因是必須說明的。訴之原因即是根據原告觀點就其主張之請求權之原因所必須陳述之事實之總體，該事實即訴訟所根據之事實，亦即具體之事實、生活之過程。原告須就事實作何種程度之陳述（亦即陳述義務），乃因個案而異。一個陳述義務之擴張可能因為被告而產生。（註一二）然法律否定個別化理論（Individualisierungstheorie），而採整體的理論（Substanziierungstheorie）。所以原則上原告必須提出合邏輯的、完整的所有的請求權產生原因的事實。

2、一分肢說（Der eingliedrige Streitgegenstandsbegriff）

- 奧地利有一部份學說（註一三）採的是一分肢說，訴訟標的單純指的是訴訟聲明。聲明中所陳述之事實，最多只能於其後供參考而已。事實（Sachverhalt）因此不被視為是訴訟標的之構成部份。

一般而言，尤其在給付之訴，訴之聲明無法單獨去區分訴訟標的。例如：原告請求被告給付兩次十萬元，一個訴訟是基於1986年所提供之借貸，另一個則是1993年所簽訂的買賣契約。如果不是事實的陳述，無法確定是否即為同一之訴訟

（註一一） 比較吾國民訴法第一一六條。

德國民訴法第二五三條：I 訴之提起乃經由當事人書狀之遞出。

II 當事人書狀必須包含：

1. 當事人及法院之描述。

2. 確定的訴訟標的之說明，所主張之請求權之原因及一個確定的聲明。

III 如果與法院管轄權有關，訴狀必須進一步提出訴訟標的之價值，而訴訟標的無一定金額價值者，必須就反對該事件移由獨任制法官審理之理由提出說明。

IV 此外，關於準備書狀之一般規定亦適用於訴狀。

V 應被提出之訴狀、其他之申請及當事人一方之說明必須附上因送達或通知所必要副本之份數並以書面向法院遞呈。

（註一二） 德國民訴法第一三八條：II Jede Partei hat sich ueber die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklaren.

（註一三） W. Kralik, Der Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren, FS Baumgaertel (1990) 261 (vgl bei Fasching Rz 1160); Dolinar, Wechselanspruch und Anspruch aus dem Kausalverhaeltnis, OJZ 1978, 449 (456 f)。

標的。

這種值得思考的最寬的訴訟標的理論，於訴訟中，作事實陳述的變更是比較容易的。（因為這樣並不被認為是訴的變更。）另外一方面，以同樣的訴之聲明，重覆再提起第二個訴訟，或因前一訴被駁回，重新再行起訴，幾乎是比較困難的。同樣的訴之聲明，而以另外的事實理由提出，將因訴訟繫屬或既判力之關係被阻礙。

- 於德國 Schwab（註一四）所採之一分肢說，其主張為，將訴訟標的之重要分量置於訴之聲明一項以及原告起訴所追求之目的。在同一給付為目的之請求，即使其請求之事實理由有相異而多數之情形，原告在訴之聲明中向法院提出欲法院加以判斷之要求（Begehren），始為訴訟標的，因為原告之目的在要求法院依其訴之聲明為裁判，而法院是否能依原告之要求為裁判，正係當事人及法院在任何訴訟中所針對之爭執問題。訴之聲明既為當事人及法院所針對之爭論對象，其係真正之訴訟標的，應無疑問。原告所要求之給付為單一或多數，在金錢或代替物請求之特殊情形，雖然無法經常從訴之聲明中加以識別，而須求助於事實理由中之事實但是若因此遽認事實理由為構成訴訟標的之重要要素，即係大誤（註一五）。

3、三分肢說（Der dreigliedrige Streitgegenstandsbegriff）

- 奧地利大多數的判例代表一個特別窄的訴訟標的理論，法院限制原告在訴之原因（Klagegrund）中所陳述的確定的「法律構成要件」（註一六）。這意謂真正三分肢說，包含訴之聲明（Klagebegehren），事實理由（Sachverhalt）及請求的法律原因（Rechtsgrund des Begehrens）。

如上所述，因為所主張的請求權的法律構成要件是法院的工作，必須被解釋這

（註一四） Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess S 67 ff ; JUS 1965, S 83 ff
（ Schwab, Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess ）。

（註一五） 陳榮宗同一書 341，342 頁。

（註一六） ZB JBl 1960, 391 ; RZ 1967, 36 ; RZ 1967, 105 ; SZ 42/138 ; SZ 47/11 ;
ZVR 1976/210 ; RZ 1977/105 ; JBl 1979, 257 ; MietSlg 33.627, 33.643 ;
VersRdSch 1984, 178 ; DRdA 1986, 219 = JBl 1986, 537 ; RdW 1986, 27
1 ; MietSlg 38.775, 38.776 。

是違法的，而且法院不能一開始即對原告所提之特定的訴訟標的加以限制。因法律適用錯誤之判決在訴訟救濟原因中，判例上完全承認，上級審對下級法庭之判決可自每一個方面去檢查（註一七）。

●德國 Habscheid 將程序主張（Verfahrensbehauptung）列為訴訟標的之第三構成要素，不將訴訟標的認為對於法院之要求（Begehren），而認係原告之權利主張（Rechtsbehauptung）。程序主張，權利主張及生活事實理由（Lebenssachverhalt）三者共同構成訴訟標的之概念（註一八）。至於 Habscheid 所謂之生活事實理由，乃指原告所陳述之所有生活事實之全部而言，其係廣泛範圍之生活事實，因此其所指之事實理由與一般訴訟法學者所謂之事實理由，概念不一致，凡是在當事人間發生有關糾紛之生活事實全體均屬之。依此種說明方法，Habscheid 之事實理由已經失其區分識別事實關係之作用（註一九）。

4、其他說（與作用有關的訴訟標的理論）

奧地利學者 Boehm 將訴之原因視為事實的整體，最後藉由所主張的法規來解釋其意義。他的理論走向三分肢結構，最後顯示他是寬的二分肢法的支持者。

根據學者 Boehm 對訴訟標的的描述是，訴之聲明一意即於審判中所判決之法律結果；事實理由一形成該法律結果之事實；以及本案所使用之法規一由這些法規來決定什麼是真正的事實理由。此外，訴訟標的也有三個作用組成，每一個請求法律保護之行為視為所追求之作用，每一個法律保護之型態視為方法，每一個所主張之法律結果視為法律保護之客體。就（實質上）法律保護之目的，學者 Boehm 認為此三要素是合而為一的。訴訟標的以此為基準點，而演生出與作用有關的訴訟標的理論。

而關於是否為「同一之訴」這重要部份，則存在著此問題，兩訴之法律結果是否顯示同樣之實體法上的法規作用。他則採較一分肢說窄顯然寬於二分肢說的理論

（註一七） 參閱奧國民訴法第五〇三條第一項第四款。

（註一八） Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit。

（註一九） 陳榮宗同一書，340 頁。

(註二〇)。

二、中華民國學說

吾國有關訴訟標的之條文有：

§ § 53, 54, 62, 80, 113 III, 204, 206, 213 I, 233 I, 244 I ②, 249 I ⑦ 254 I, 256 ① - ④, 260 I, 382, 384, 400 I, 427 I II, 435, 466 III, 496 I ①②

依現行民事訴訟法規定，訴訟標的係當事人所主張之權利或法律關係（§ § 247、254I、256、400I），所謂法律關係指實體法上之權利義務關係而言，故依現行民事訴訟法之規定，顯較傾向於舊訴訟標的理論（註二一）。

在傳統學說上，認為訴訟標的概念之確立，決定了兩訴是否為同一之訴，如果為同一之訴，則依民訴法第二百五十三條、第二百六十三條第二項、第四百條均不得再起訴，又是否為訴之變更、追加、合併以及反訴應否准許等作為裁判或訴訟核心之事項，均與訴訟標的之概念有關。

就適用於第二百五十三條、第二百六十三條第二項及第四百條之問題，傳統學說將此歸類為一事不再理之類型，違反上開規定者，法院均應以裁定駁回原告之訴（民訴法§ 249 I ⑦）。而所謂同一之訴，係指當事人相同、訴訟標的相同、訴之聲明相同、正相反或可以代用（即以給付之聲明或形成之聲明，代替確認之聲明）者而言（註二二）。

再就訴之變更、追加及反訴言，制度設計之目的，係在使當事人能利用原有之訴訟程序，將新主張的紛爭予以解決，以省勞費，並避免裁判之抵觸（反訴、追加）。故在不改變原有請求之基礎為前提下，將訴訟標的之概念作適當擴大，儘量使後訴能合法利用前訴資料，不但為實務向來所採取之態度（註二三），而且符合

(註二〇) Boehm，亦是筆者之指導教授，Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel，Festschrift Kralik 83（109ff）。

(註二一) 姚瑞光，民事訴訟法論 80 年 8 月版，312 頁；梁松雄，民事訴訟法要義 1986 年版，93 頁；王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論 82 年 12 月版，738 頁；月旦法學雜誌第十九期 1996/12，25 頁，呂太郎，訴訟標的論之新開展。

(註二二) 法令月刊，三六卷九期三頁，姚瑞光，論民事訴訟之同一事件；楊建華，民事訴訟要論，193 頁；四十年 1530 號判例。

(註二三) 五十六年台上 3064 號判例，認為由侵權行為改為不當得利，非變更；四十八年

目前立法意旨之要求（民訴法§ 258）及未來之立法趨勢（註二四）。

民事訴訟以保護私權為目的，故民事訴訟程序採辯論主義及當事人進行主義。訴訟程序之開始或終結及進行之必要行為，原則上以當事人意思為準。法院之裁判，原則上以當事人聲明之範圍及其所提供之訴訟資料為基礎。當事人所未主張之利益，不得歸之於當事人。但事實上因民事實體法與程序法千頭萬緒，如何在訴訟程序中作最有效與最有利之運用，乃為專門學問，非普通人所能勝任。同時因我民事訴訟法不採律師代理主義，普通人為訴訟行為，常有痛失機宜之感。採用上述當事人進行主義與辯論主義之結果，當事人之敗訴，往往非因其在法律上欠缺勝訴之依據，而係由於在訴訟程序中不知在法律上作最有效與最有利主張之故。尤其在現行民事訴訟標的仍採傳統理論推波助瀾之下，訴訟程序中不知為最有效與最有利之主張之人，恆為敗訴之人。其未能作適當之主張者，法院雖明知如為另一主張，則應勝訴，亦屬愛莫能助。祇有為予當事人敗訴之判決。此項原則，是否仍適宜於今日國家設立司法機關之目的，實值得吾人懷疑。何況民事訴訟在維護私權之外，亦寓有維持國家秩序之目的，自難謂與公益毫無關係。就當事人間之紛爭，因當事人不知主張，即不能為合理而徹底的解決，當亦間接影響公益，而危害社會安全。因之，當事人進行主義與辯論主義之原則，縱不能作一百八十度之轉變，而為急進式之修正，但傳統訴訟標的之理論是否適宜於今日，即有進而研究之必要。目前法院處理之民事訴訟案件日增，當事人為同一事件纏訟經年；為求疏減訟源，新訴訟標的理論，未嘗不是可行之道。惟採行之前，必先確定有關訴訟標的用語之明確意義，並將各種足以影響訴訟標的之訴訟事項，如闡明權之行使、訴之追加、變更、合併、既判力之範圍等，依新訴訟標的理論，確定其範圍及效果。

台上 1818 號判例，認為由請求給付遺產二分之一改為確認遺產之持分及按持分為所有權移轉登記，非變更；四十七年台上 219 號判例，認為由請求清算合夥帳目，改為請求交付帳簿，非變更；五十四年台上 2516 號判例，認為由確認所有權改為確認買賣關係，非變更。

（註二四）民訴法之研討（三），范光群，訴之變更追加之研究；民訴法修正草案初稿第二百五十五條第一項第二款，修正為「請求之基礎事實同一者」即可為訴之變更追加。

參、造成訴訟標的理論分歧之原因

數個請求權 — 數個訴訟標的？（訴之競合）競合之態樣，可分為三：

●請求權基礎競合— die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz (Gesetzeskonkurrenz)

意謂根據數個法律構成要件的一個事實，形成一個法律結果。例如：乘客搭乘計程車，發生車禍受了傷。原告可根據：①運送契約之積極違反（亦即債務不完全履行）或②侵權行為或③火車汽車責任義務法（EKHG）（註二五）請求他的損害賠償。

原告本於一個事實（亦即交通意外），只提出一個請求（ein Begehren），通說認為只有一個訴訟上請求權（ein prozessualer Anspruch）。

不同之請求權基礎只是有關訴訟標的之法律要件，並不適用於訴之區分上，此種競合是比較清楚的。這是與請求權單一的情形完全一樣的：如原告於訴訟上主張所有的請求權基礎，並非為「訴之合併」；又如原告基於同一事實，但以不同的法律要件（以火車汽車責任義務法之危害責任替代侵權行為責任）主張同一之目的，訴訟繫屬中則阻礙第二個訴之提起。於訴訟中，原告無庸顧慮地可主張至目前為止未被提出之請求權基礎，因為訴訟標的未變更，所以並非「訴之變更」。最後，判決確定後，於另一訴中提出其中一個未被主張之請求權基礎，此種抗辯則可阻礙既判力。

●請求權競合— die Anspruchskonkurrenz (Realkonkurrenz)

意謂根據數個事實，形成數個法律結果，而所有法律結果是以同樣的經濟目的（亦即同一之給付）為目標。

例如：一物之借用人，遺贈該物給其原所有人（即貸與人），受遺贈人現在能對該借用人之繼承人本於①借貸契約或②遺贈契約請求返還該物。

（註二五） Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz BGBl 1959/48。

對於絕不可能被歸納成一個生活事實理由的不同事實，產生此問題，即是否基於私法所衍生之數個請求權，由於實現競合（Erfuellungskonkurrenz）一一請求權實現造成另一請求權消滅，在訴訟上之主張只存在一個訴訟標的。

基於二分枝法之通說，因為不同之事實理由，並無同一性之存在。於請求權競合之情形，並不阻礙其後原告基於另一私法上之請求權，而為第二個訴訟之繫屬。原告於訴訟中，如欲主張一個至目前為止未曾提出之請求權，當然需要為「訴之變更」。被駁回之判決其實質既判力，並不阻礙以另一私法上之請求權為主張所提出之同一給付之另一個新的訴訟。如果原告於一訴訟中同時主張所有的請求權，則被認為由於喪失其獨立性，並非為「訴之合併」。

對於這些結論，被批評的尤其是，同時主張數個請求權時，否認其為「訴之合併」，這是前後不一致的。然而如認為這是「訴之合併」，這意謂著可能訴訟只有一部份能被准許。此外，第二個訴訟未被繫屬，可能形成訴訟程序之再次重複，還有「訴之變更」所必要的，亦即於訴訟中一個新的請求權之提出，無疑地將出現一個並非毫無困難而可以接受的阻礙。最後再回到此問題，是否真的該贊同一個原告合法的需求，訴訟被駁回判決確定後，基於同一給付以另一請求權（該請求權應該之前即能被提出）為主張，再提起訴訟。於此，我們可能看到的是原告與被告間武器的不平等。因為如果原告主張一個請求權即成功的話，被告在訴訟中一次敗訴，即無第二次機會，獲得訴訟被駁回之判決。對於當然是很少發生的請求權競合，二分枝法理論的解決之道其所被批評的部份，也正是一分枝法理論形成的時機，它主張單獨以訴訟中所追求之目的為依據以及訴訟標的只有以「訴之聲明」來決定。（參閱上述一分枝說理論）

一分枝法避免了於請求權競合所出現之困難，因為基於不同事實理由所產生之數個實體法上請求權，是無法改變以同樣的訴之聲明為條件之單一的訴訟標的。於一訴訟中同時主張所有的請求權之「訴之合併」與其後於訴訟中主張另一請求權之「訴之變更」是同樣很少去考慮的。訴訟繫屬與既判力阻礙了主張另一請求權之第二個訴訟，因此它符合公眾利益之快速以及全面的解決訴訟之優點，但在個別權利實現可能性上卻需容忍不可謂不大的限制。原告不及時主張屬於他的實體法上請求權，將因訴訟上之限制而阻礙其提出。

對於經常被討論之買賣一票據案件，一分枝理論之問題將是特別清楚。原告持有自始即獨立於基礎行為之票據—他可能基於一個特別的概括程序（票據督促程

序) (註二六) 去取得一個強制執行名義一票據訴訟以及請求票據支付委託之申請將被禁止，因為本於該基礎行為之訴訟其被駁回之判決之既判力將因此阻礙其提出。二分肢理論自始即未對其訴訟標的之不同性予以懷疑，因為買賣契約與票據行為清楚地顯示他們是不同的事實理由。

●理想競合一 die Idealkonkurrenz (alternative Konkurrenz)

意謂根據彼此排斥的請求權法規，一個事實，形成同樣內容的數個法律結果。

例如：一個給付請求權，如果買賣契約成立，可以請求返還買賣價金。如果欠缺買賣契約，且該物已用盡，可以主張不當得利請求權。

原告對被告所主張之每一請求權，是基於同一之目的；所有請求權是基於同一(生活)事實理由而且其基礎是互相排斥。(選擇的競合)

根據二分肢法中之單一的「生活事實理由」之方式，如果主張另一請求權需要補充事實之提出，則由此一或另一請求權產生之事實是同一的。對於以不當得利請求權為基礎之給付之訴，原告必須闡明由於給付物被告已消費掉無法提出。此結果與一分肢法理論是相同的：如果原告自始於一訴訟中以一個請求權型態為主張，只存在一個訴訟標的，非「訴之合併」。原告於訴訟中以主張另一請求權之意思補充事實之提出，這意謂非「訴之變更」。基於訴之繫屬以及既判力阻礙以另一請求權為主張之第二個訴訟之提出。

依二分肢法理論中以「法規所產生」之事實理由為根據，於此因為不同的法律事實構成要件，必定產生不同的訴訟標的。雖然如此可對訴訟標的作較精確之區分，但是此種見解與真正的三分肢法理論並無不同，它必須去容忍同時或先後重複起訴，而這些訴訟其內在的合理性是很有疑問的。

肆、訴訟標的與「法律保護目的」

「法律保護目的」亦應將其併入訴訟標的之定義中。此外，原告所提確認之訴經判決確定後，不得本於同一請求權再提起給付之訴。如果「法律保護目的」被視

(註二六) 參閱我國民訴法第五〇八條；奧國民訴法第五五六條至第五五九條。

爲是訴訟標的之當然要素，因此再提起給付之訴，其必要性就不存在了。「法律保護目的」很清楚地是由訴之聲明產生的。

相反情形，先提起給付之訴，本於同一請求權再提起確認之訴，則存在不同的訴訟標的。雖然如此，所提確認之訴仍無法獲得結果。因爲一審中，如果給付之訴可能，則確認之訴即失其法律上利益（註二七）。

有人認爲於確認之訴，無論如何訴之聲明單獨已足夠去區分訴訟標的（註二八）。尤其是絕對的權利如所有權，所有的所有權取得原因皆自動地歸屬於訴訟標的。原告以何種事實主張其訴訟標的，又如以何種取得原因主張其所有權，民事訴訟法皆未加以區分，基於二分肢說之觀點是無法認同的。

（註二七） 參閱奧國民訴法第二二八條。

（註二八） Vgl Schumann in Stein/Jonas, ZPO (1979), Einl V E Rz 294mwN。