

Study on the Concurrence of Claims  
and the Methodology of Civil Law

# 请求权竞合要论

——兼及对民法方法论的探讨

段厚省 ◎ 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书为教育部2009年度人文社会科学研究项目“请求权竞合研究”（项目编号：09YJA820009）最终成果

Study on the Concurrence of Claims  
and the Methodology of Civil Law

# 请求权竞合要论

——兼及对民法方法论的探讨

段厚省 ©著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

请求权竞合要论：兼及对民法方法论的探讨 / 段厚省著. —北京：中国法制出版社，2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4890 - 1

I. ①请… II. ①段… III. ①民法 - 研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 251573 号



策划编辑 赵宏

封面设计 李宁

请求权竞合要论：兼及对民法方法论的探讨

QINGQIUQUAN JINGHE YAOLUN; JIANJI DUI MINFA FANGFALUN DE TANTAO

著者/段厚省

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

印张/ 19.75 字数/ 240 千

版次/2013 年 10 月第 1 版

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4890 - 1

定价：49.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010 - 66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010 - 66010483

市场营销部电话：010 - 66033296

邮购部电话：010 - 66033288

## 目 录

导 论 .....	001
一、研究的意义 .....	001
二、研究的方法 .....	004
三、研究的体例 .....	019
第一章 民法上的请求权 .....	025
第一节 请求权概念的形成 .....	025
一、罗马法上的诉权概念 .....	026
二、德国法上的请求权概念 .....	030
第二节 请求权概念的含义 .....	034
一、请求权的含义界定 .....	034
二、民法请求权与民法债权 .....	043
三、民法请求权与民事责任 .....	054
第三节 请求权概念的价值 .....	061
一、请求权概念的提出使实体法和程序法的独立建构 成为可能 .....	061
二、请求权概念的提出使得规范出发型法律思维模式 得以形成 .....	063
第二章 请求权的竞合 .....	067
第一节 请求权竞合的概念 .....	068
一、请求权竞合概念之观点概览 .....	068
二、学说观点评析 .....	075
三、本书之观点 .....	077

第二节 请求权竞合的特征 .....	079
一、一个生活事件 .....	080
二、符合数请求权之构成要件 .....	086
三、各该请求权之目的相同或者交叉 .....	090
第三节 与请求权竞合相关之概念 .....	091
一、请求权聚合 .....	092
二、法条竞合 .....	094
三、诉因竞合 .....	096
四、其他权利形态之间的竞合 .....	102
第四节 请求权竞合的问题史 .....	104
一、请求权竞合之域外史 .....	104
二、请求权竞合之中国史 .....	106
<b>第三章 请求权竞合的原因与后果 .....</b>	<b>111</b>
第一节 请求权竞合的原因 .....	111
一、既有观点述评 .....	111
二、本书关于请求权竞合原因的观点 .....	118
第二节 请求权竞合的后果 .....	134
一、司法裁判的确定性目标落空 .....	136
二、司法裁判的合理性目标落空 .....	145
三、司法裁判的不确定性与不合理性之间的关系 .....	148
<b>第四章 解决请求权竞合的实体法理论 .....</b>	<b>151</b>
第一节 德国法系实体法学理上的请求权竞合理论 .....	151
一、法律竞合论 .....	152
二、请求权竞合论 .....	153
三、请求权基础竞合论 .....	155
第二节 我国大陆地区实体法学理关于请求权竞合 的观点 .....	163

一、请求权有限竞合论 .....	163
二、请求权基础竞合论 .....	167
三、请求权自由竞合论 .....	170
四、请求权相互影响说 .....	172
五、学理和实务中存在的其他观点 .....	173
<b>第三节 实体法学理上的请求权竞合理论评价 .....</b>	<b>177</b>
一、实体法上的请求权竞合理论未能处理好请求权 与诉讼标的的关系 .....	177
二、请求权基础竞合说与请求权相互影响说未能保 持请求权内涵的统一 .....	180
三、实体法上的请求权竞合理论未能真正解决请求 权竞合的难题 .....	186
四、实体法上请求权竞合理论未能兼顾司法裁判的 确定性与合理性 .....	190
<b>第五章 解决请求权竞合的程序法理论 .....</b>	<b>197</b>
<b>第一节 民法请求权与民事诉讼标的之关系 .....</b>	<b>197</b>
一、诉讼标的的概念 .....	197
二、民法请求权与民事诉讼标的的关系 .....	200
<b>第二节 请求权竞合使传统诉讼标的理论陷入困境 .....</b>	<b>210</b>
一、传统诉讼标的理论遭遇困境 .....	210
二、传统诉讼标的理论的自我救赎 .....	211
<b>第三节 新诉讼标的理论的产生和变迁 .....</b>	<b>218</b>
一、二分肢说 .....	219
二、一分肢说 .....	222
三、新实体法说 .....	225
四、生活利益说 .....	227
五、纠纷说 .....	228
六、新二分肢说 .....	230

第四节 诉讼法学理上的诉讼标的理论评价 .....	233
一、传统诉讼标的理论自身难以解决请求权竞合带 来的程序问题 .....	233
二、新诉讼标的理论尚未实现逻辑自治 .....	238
三、各诉讼标的理论的根本缺陷也在于未能兼顾司 法裁判的确定性与合理性 .....	245
<b>第六章 本书关于解决请求权竞合问题的思考 .....</b>	<b>249</b>
第一节 关于解决请求权竞合的目标问题 .....	249
一、以消除请求权竞合导致的后果为目标 .....	249
二、以兼顾司法裁判的确定性与合理性为目标 .....	251
第二节 关于解决请求权竞合的路径问题 .....	256
一、在法律方法论层面解决请求权竞合问题 .....	256
二、传统民法方法论的缺陷 .....	260
第三节 关于重构民法方法论的初步思考 .....	265
一、概述 .....	265
二、逻辑推理方法 .....	267
三、诠释学循环方法 .....	272
四、法律商谈方法 .....	283
第四节 重构后的民法方法论与请求权竞合问题的解决 思路 .....	298
一、性质上的请求权基础竞合与技术上的请求权竞合 .....	298
二、重构后的民法方法论对请求权竞合问题的处理 .....	299
三、小结 .....	301
<b>参考资料 .....</b>	<b>303</b>

# 导 论

## 一、研究的意义

### (一) 请求权竞合的问题价值

表现为请求权竞合的规范重叠或者也可以说是规范冲突问题，自罗马法时代就已出现，其与法律调整社会生活的方式有关，实际上已经超出了作为部门法学的民法学领域，而具有法律方法论上的意义。例如刑法上的想象竞合犯理论，就与民法上的请求权竞合理论，所要解决的问题相似。又类似的权利竞合问题，不仅发生在请求权之间。请求权不过是给付之诉中被主张的权利形态，在形成之诉和确认之诉中也有类似的问题发生，只是具体表现稍有不同而已。例如请求权竞合是同一生活事实，经不同的规范评价后，支持不同的请求权形态，而此不同的请求权所要达到的目的又重合。与之稍有不同的是，在形成之诉，例如离婚诉讼中，同时存在的不同事实可分别支持各自可以独立存在的离婚诉权，而这些各自可以独立存在的离婚诉权其在目的上完全重合；在确认之诉，例如确认合同无效之诉，也是可能发生与前述形成之诉相似的情形：同时存在的不同事实，各自均可支持相对独立的确认诉权，但这些相对独立的确认诉权，其目的却都重合。此外，就同一事实，可能既支持撤销合同的诉权，又支持确认合同无效的诉权，对于当事人来说，如何选择，也是一个难题。

因此，对于请求权竞合问题的考察，不应当仅仅拘泥于请求权



概念之下，甚至不应当仅仅拘泥于民事实体法领域之内，而须进行法律方法论上的考察。例如，美国学者富勒曾提出法律的内在道德这个概念，并认为法律的内在道德有八个方面，其中就有对法律的明晰性和无矛盾性的要求。<sup>①</sup>而在请求权竞合的情形，本来似乎明晰的法律，却无法给予当事人明晰的指示。例如在因违约而致侵权的场合，违约的当事人可能在违约的时候，有过对于违约之法律和经济成本的评估，然而若对方主张的是侵权法上的请求权，则被告人此前的评估即失去了意义。即使他在违约前进行了违约和侵权两种法律领域的成本评估，在被提起诉讼之前，他也会为如何准备应诉产生烦恼：若仅准备应对其中一种请求权，则对于原告主张的另一种请求权就应对不足，若针对两种请求权都做了准备，则其中一种准备可能被证明是多余的。而就原告来说，同样也会遭遇困扰。在存在复数却竞合的请求权可以主张的时候，他先要看这些请求权是否可以同时主张或者先后主张，或者仅仅只能择一主张，然后要进行法律上成本与收益的评估。在被允许主张复数的请求权的时候，要决定何者优先，何者靠后；在被要求只能择一主张的时候，要决定选择何种请求权进行主张。不管哪一种情形，他在收集证据以及进行法律上的分析和评估的时候，都要耗费更多的时间和精力。

此外，又因为请求权概念与诉讼标的概念为沟通民事实体法和民事程序法的桥梁，所以请求权竞合又带来一些程序法上的问题，这些问题主要是与诉讼标的相关的问题，例如客观的诉的合并问题、重复起诉禁止问题、既判力客观范围的确定问题等，同时也涉及一些其他的问题，例如管辖问题、证明责任分配问题等。这样一来，对于请求权竞合问题的考察，又需要兼顾程序法的理念、制度

---

<sup>①</sup> [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2010 年版，第 47 页、第 75 - 83 页。

和立场。因此，请求权竞合问题，具有直接关涉法律方法论、法教义学同时又连接实体法和程序法的样本价值。进而，对于请求权竞合问题的研究，实质上是以请求权竞合问题为切入点，对法律方法论、民事实体法学以及民事诉讼法学相关概念和理论的一种兼具宏观性和微观性的思维整合，对其意义应当给予更多重视。

## （二）对请求权竞合问题进行系统性研究的必要性

请求权竞合问题，既然从罗马法时期即已存在，则各国无论在理论还是制度层面，必然都有回应。事实也正是如此，只是回应不尽相同，有的甚至各执一端，完全相反。例如法国法上对于某些请求权竞合形态，有禁止竞合的做法；而德国传统学理则有主张完全允许自由竞合的观点；我国合同法第 122 条的规定，则是中庸的体现——允许竞合，但当事人只能选择其一行使。分歧的存在不仅表明观点的不同，也表明对于这一问题尚无权威结论。因此我们可以说，迄至当下，请求权竞合问题尚未获得学理上或制度上或实务上圆满解决。

就我国学理研究来看，以目前较为先进的电子检索手段进行检索，可以发现，有关请求权竞合的论文和文章相当多。既有关于请求权竞合的研究成果，在总体上涉及到请求权竞合问题的各个方面，但是就单个成果的内容来看，每一个成果各自所涵盖的问题范围都是有限的。这样就产生两个方面的问题：

第一，由于既有的研究比较零散，所以其能够探讨的内容在广度和深度上都还是不够的。而且，就目前能够检索到的成果来看，它们在很大程度上是一些重复性的研究，既没有在问题域上区别开来，也没有在研究深度上区别开来。换言之，虽然既有研究成果的数量较多，但我们还不能说关于请求权竞合问题的研究已经非常成熟。

第二，既有之研究成果，多数都是各自围绕着请求权竞合问题

中的一个具体方面而展开，所以难以避免孤立性的弊端，因此各自所提出之观点，其相互之间难以兼顾，甚至可能相互冲突。例如研究基于违约的请求权与基于侵权的请求权之间的竞合的文章，其所提出的解决方案，与研究基于不当得利的请求权与他类请求权竞合问题的文章，可能就会有所不同。因为不同类型的请求权，其所涉及的管辖问题、时效问题、证明责任分配问题、请求数额的计算问题等，都有区别。研究者在面对这些具体问题时，若眼光仅仅在于如何对各该具体的请求权进行协调与选择问题，其所提出的方案，必然难以推广适用于其他类型请求权的竞合问题。当然，追求一类问题的普适性解决，虽是学人理想，但也许针对具体之竞合形态，以具体方法来解决，也是一种可行选项。不过若研究者均各自仅关注自己研究的具体形态的请求权竞合问题的解决，则不同的研究者针对不同形态的请求权竞合，其所提出的解决方案，就有可能各说各话，各自孤立，相互之间难免冲突。这样，就需要有兼顾宏观与微观层面的研究，既能够对请求权竞合问题进行一般抽象层面的观察，也能够对各具体形态的请求权竞合之特殊问题有所分析。

综上所述，当下对于请求权竞合问题进行一种更加全面、更加深入以及更加体系化的研究，并在此基础上就其所涉及的法律方法问题展开探讨，仍然有其必要。

## 二、研究的方法

如前所述，请求权竞合问题，横跨民事实体法和民事程序法两大领域，且与法律方法论密切相关，因此，对于请求权竞合问题之解决，不应拘泥于民事实体法内部，而有必要从民事程序法、法律方法论的视角予以观察，必要时，还应站在法理学和法哲学的层面进行思考，方能得出在理论层面较为周全且在实践层面较具操作性的解决方案。从以上思路出发，本书拟综合采用以下几种方法展开研究：

## （一）法律思维传统的方法

### 1. 两大法系法律思维传统的形成

日本民事诉讼法学者中村英郎先生在对源自罗马法的大陆法系和源自日耳曼法系的英美法系民事诉讼的历史传统、制度结构以及理论体系进行考察后认为，大陆法系是从规范出发把握诉讼，以保护当事人权利为其目的，是为规范出发型诉讼；英美法系是从事实出发理解诉讼，以解决纠纷为其目的，是为事实出发型诉讼。两种诉讼在历史渊源、制度目的和理论思想的出发点上，均有不同，以至于在诉讼标的、诉讼之当事人、判决的效力范围、事实主张和证明责任等方面，所采之方法均有区别。<sup>①</sup>以笔者多年研究民事诉讼法的体会，中村英郎先生的上述观点，有其道理。

规范出发型民事诉讼与事实出发型民事诉讼，代表着两种不同的法律思维传统。前者可称之为规范出发型的法律思维传统，后者可称之为事实出发型的法律思维传统。它们之间的分野，与欧洲哲学史上理性主义认识论和经验主义认识论的分野，关系密切。早在13世纪，神学家托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）就把神学分为“启示的神学”和“自然的神学”两种，前者讲究从圣经教义获得启示，后者看重人的经验与感受。这两种神学思维对后世理性主义和经验主义哲学的形成，具有先导的意义。<sup>②</sup>当然，也有人认为，在更早的古希腊哲学中，就可寻找到这两种思维的萌芽。在文艺复兴后，欧洲大陆形成了理性主义的哲学认识论，先后出现了以笛卡尔、斯宾诺莎和莱布尼茨等为主要代表的理性主义哲学家，而在英国，则形成了经验主义的哲学认识论，先后出现了以培根（Bacon）、霍布斯（Hobbes）、洛克（Locke）、巴克莱（Berkeley）

---

① [日]中村宗雄、中村英郎：《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》，陈刚、段文波译，中国法制出版社2009年版，第228页。

② 陈乐民：《欧洲文明十五讲》，北京大学出版社2004年版，第94页。

以及休谟等为代表的经验主义哲学家。<sup>①</sup>

欧洲大陆数百年来奉行理性主义认识论，从演绎逻辑出发，认为真理可以发现，其共同的归宿是陷入独断论的观念，也即认为人类可以通过自己的理性，管理好自己的事情。这样一种思维反映在法律领域，就是信奉立法的价值，相信可以通过国家制定统一的法律来调整社会生活，进而要求国民的行为须符合制定法的要求。此种调整和管理社会生活的传统，使得国民在日常社会生活中，即形成了从法律规范的要求出发，来决定自己行为选择的行为习惯。因而在发生纠纷后，其所谓纠纷，在本质上亦不过是对制定法规范在理解上的分歧。而司法机关对于纠纷的处理，当然也是从制定法的规范出发，因此其在裁判思维上，当然也具规范出发型的特征。为因应国民以及司法机关的这种需求，学理又发展出法教义学一支，以独断的目的论，对法律规范的理解适用进行研究诠释。而民事诉讼的各相关理论，均是在此种思维下展开。除了中村英郎先生的分析外，我们从译介过来的德国民事诉讼相关著述中，也可以清楚发现。以罗森贝克的证明责任理论为例：罗森贝克（Rosenberg）首先提出，“每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的法规范（=法律效力对自己有利的法规范）的条件”<sup>②</sup> 接下来，罗森贝克开始对民事实体法上的规范进行分类，他把实体法上的规范分为权利形成规范、权利妨碍规范、权利消灭规范、权利排除规范等，其中，第一种规范是基础规范，后三种规范是第一种规范的相对规范。进而，他认为诉讼中当事人主张哪一种规范，就须对该规范的条件也就是构成要件事实承担证明责任。<sup>③</sup> 从上述罗森贝克的证明

---

① 陈修斋：《欧洲哲学史上的经验主义和理性主义》，人民出版社2007年版，第二章。

② [德] 莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第104页。

③ [德] 莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第104-110页。

责任分配理论来看，完全是从实体法上规范出发而一步步展开，因此具有典型的规范出发型诉讼的特征。再以起源于德国民事诉讼法的传统诉讼标的理论为例，传统诉讼标的理论是以民法上的实体权利作为诉讼标的。当事人在起诉的时候必须就其诉讼标的予以明确，而要明确诉讼标的，实际上乃是要明确其主张的实体权利为何。若要明确其实体权利为何，则须寻找到支持其实体权利的法律依据。因实体权利来源于法律的赋予，没有法律规范上的依据作为基础，又怎么可能有实体权利来主张呢？因此，传统诉讼标的理论，在实务上要求当事人在进入法庭之时，已经寻找到支持其主张的法律依据，而法庭的审理，则因此也是从规范出发，来审查当事人之权利主张，是否有作为其基础的法律规范所要求的要件事实可以支持，也即从规范出发，到达事实。

而英国以及继受英国文化传统的国家则与此不同，其在哲学认识论上，所奉行的则是经验主义。经验主义强调人的直观感受，强调经验对于认识的重要性。由于人类感觉能力的有限性以及个体感觉能力的差异，人的经验始终无法完全到达认识的彼岸，绝对真理无法实现。这样，经验主义发展到后来就陷入怀疑主义的困境，例如休谟提出的三大问题，经验主义一直无法给出回答（当然，理性主义实际上也存在类似的论证上的困境，典型的一个难题就是：作为理性主义展开演绎论证的大前提是如何获取的？这个大前提的真又如何获得保证？这就是所谓的“明希豪森困境”<sup>①</sup>）。经验主义的认识论对于世界的认识主要是采归纳逻辑。但是，通过归纳逻辑来认识世界的一个缺点是在绝大多数时候无法穷尽所有事例，从而也难以得出确定结论。换言之，即使有一万个事例是相似甚至相同的，也不能保证第一万零一个事例不会出现异常。因此其所谓结

---

<sup>①</sup> 见舒国滢为其所翻译的德国学者罗伯特·阿列克西所著《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》（中国法制出版社2002年版）所写的序言：《走出“明希豪森”困境》一文第一部分。

论，只能证伪，无法证实。这样一来，在经验主义思维下，人们对于从具体事物中抽象出一般规则的信心和动力就都会不足。此种认识论上的思维，反映到法律领域，就是从日常生活事件以及裁判个案中归纳和抽象出一般规则并形成制定法的动力不足，法律的精神主要体现在判例之中，而每一个新的判例，又因而多是通过解释，从先前判例中归纳出所需的裁判规范，或者干脆直接以类比的方式，参照先前判例的处理方式，作出本案裁判。为因应此种传统，学理上则发展出发达的法律论证、法律技巧等方法学上的理论，法学院的教学也以案例分析为主。虽然之后英国经过一系列政治革新，确立了议会至上的观念，强调议会立法优先于判例法，但判例法的根本传统，未有改变。且法官解释和应用制定法的判决，又不断形成新的判例。此种司法传统下，由于法律的精神隐藏在判例之中，一般民众不可能成为法律专家，即使是出庭律师，其从判例中抽象出的规则，也未必会被法官接受，尤其是在双方律师对同一判例有着不同解释或者各自所援引的判例不尽相同的情况下，法官最终如何裁判，难以预测。因此，诉讼程序先从事实开始，次及规范的寻找与适用，乃属必然，或者也可以说是不得已而为之。此为其一。

其二，在经验主义的认识论下，人们通过感知对世界的认识结果，仅仅是一种事实的存在而已，此种事实的存在，如何能够成为某种价值观的证明基础？也即，存在本身，是否就是一种应当？要在经验的范畴内解决这个问题相当困难。对此，经验主义认识论者只能选择一种论证的路径，也就是通过看某一事实的存在，是否有利于全部或者大多数人的利益，是否能够促进大多数人或者某一社会全体成员的幸福，若然，就是应当的，反之则是应予否定的。因此，经验主义认识论反映到法学领域，就是功利主义，其主要代表有英国的杰里米·边沁和约翰·奥斯丁等。功利主义法学在民事诉讼领域的体现，就是认为民事诉讼的目的乃是解决纠纷。只要纠纷

解决了，社会的和平就得到了恢复，民事诉讼的目的也就达到了。这和同期大陆法系德国民事诉讼的目的有着明显不同，后者认为民事诉讼的目的乃是保护私权，也即采私权保护的目论。英美法系的纠纷解决目论，在其民事程序立法中有着明确的体现。例如，1999年英国《民事诉讼规则》第一条指出，该规则的首要目标是使法院能够公正地处理案件。所谓公正地处理案件，包括在切实可行的范围内确保当事人们处于平等地位，节省费用……公正地处理案件还包括确保快速和公正地处理，为案件配置适当的法院资源，同时注意应配置给案件的其他资源。<sup>①</sup>而美国《联邦民诉规则》之规则1规定：对于联邦民诉规则的诠释和执行，必须是为了确保公正、快速和低廉地处理每一个案件。<sup>②</sup>既然以纠纷解决作为目的，则产生纠纷的事实本身就是诉讼标的，当事人享有何种实体上权利，享有哪些实体上权利，均不影响诉讼标的的统一性。也即，是事实问题决定案件的统一性，实体上即使存在复数的权利，也须合并在一个诉讼中解决。这也是事实出发型诉讼的另一个主要特征。

## 2. 法律思维传统的方法论意义

请求权竞合乃是大陆法系内部所产生的问题，其与大陆法系规范出发型的思维传统密切相关，甚至可以说有着因果联系。因为所谓请求权乃是以规范作为其基础的实体权利，若不是从规范出发来进行思考，又怎么可能出现请求权的竞合呢？研习大陆法系民法的学者，都知道德国民法案例分析中的请求权基础方法。所谓请求权基础，指的就是支持请求权的实体法规范。我国台湾地区民法学者王泽鉴教授曾经著有《法律思维与民法实例》一书，其在题目中所使用的副标题，就是“请求权基础理论体系”这样的表述。<sup>③</sup>基于

---

① 沈达明、冀宗儒：《1999年英国〈民事诉讼规则〉诠释》，中国法制出版社2005年版，第21-22页。

② FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE, LEXIS - NEXIS Group, 1999, Rule 1.

③ 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版。



此，研究请求权竞合问题，必须将其放在规范出发型法律思维传统下来观察，方能理解这种现象的存在。这样，规范出发型法律思维传统，对于理解和分析请求权竞合问题，就有着重要的方法论意义。甚至在某种程度上说，规范出发型的思维传统，乃是解开请求权竞合之谜的钥匙。

而与规范出发型法律思维相对的事实出发型法律思维，对于我们思考请求权竞合问题的解决路径，也有着重要的意义。在英美法系也有与请求权竞合类似的诉因竞合问题。但是英美法系的问题产生于英美法系的传统，其解决办法也是以英美法系的法律传统为基础。而英美法系采事实出发型思维传统，以发生争议的事实作为诉讼标的，诉因的竞合并不影响诉讼标的的统一性，因此不会产生大陆法系所遭遇的困境。当然，由于两大法系在法律思维上的分野由来已久，有着哲学上乃至民族精神上的背景，若割裂这样的背景，妄言拿来主义，恐怕就把问题想得过于简单了。但是，我国虽然更符合大陆法系规范出发型的特征，但同时也是法治的后发国家，无论公众还是司法机关，其在行为时，都还没有真正形成从法律规范出发的深厚传统。在此一法律意识尚处于形成过程中的特殊阶段，是否可以考虑兼采两大法系各自的优点，不妨作为一种思路来探讨。这样，英美法系事实出发型的法律思维传统，或者也可作为我们思考如何解决请求权竞合问题的方法之一。事实上，大陆法系诉讼法学理为解决请求权竞合问题而提出的一系列所谓新诉讼标的理论，其中已经隐约可见事实出发型法律思维的魅影，而日本学者兼子一提出的纠纷解决说的民事诉讼目的论以及与之相关的民事诉讼标的理论，<sup>①</sup> 则是对事实出发型法律思维的直接借鉴。

基于以上理由，本书将规范出发型和事实出发型法律思维传

---

<sup>①</sup> [日] 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铨译，法律出版社1995年版，译者前言第16页，正文第61-62页。