

# 反思事实预决效力

曹志勋

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200030)

**摘要:**《证据规定》第9条规定生效裁判确认的事实具有预决效力,但是我国学者对此认识不同,从立法论上看也应当否定上述事实预决效力。事实预决效力的主张无法得到传统既判力理论的支持,为达到扩大既判力的目的,应当提起独立的中间确认之诉。比较法上虽然存在扩张既判力范围的理论主张,但是存在标准模糊、缺乏可预见性以及可能无谓浪费诉讼资源的弊端,也不适合我国现有的发展程度,应当澄清既有《最高人民法院公报》案例可能造成的误解。此外,预决效力不同于既判力的事实排除效,也不同于公文书的证明力规则。

**关键词:**事实预决效力;既判力;争点效;事实排除效;公文书证明力

中图分类号:DF72 文献标识码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2015.01.12

## 一、引言

在我国,已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实被认为具有所谓预决效力,在后诉中应当对前诉裁判中确认的事实适用法律上的事实推定,即证明责任的转换(《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条第1款第4项和第2款),在司法实务中上述规则也已经得到了广泛应用。<sup>①</sup>在该规定出台后,部分学者对其展开了犀利批评。比如,李浩教授认为该规定的依据不应是既判力而是争点效理论,并且在我国理论现状下实属过于超前<sup>[1]</sup>。而从程序保障、诉讼效率和当事人意思自治的角度,

翁晓斌教授更是鲜明地表示反对,主张暂时以所谓的“再审前置”模式,最终以将既判力限于裁判主文的理论方案解决上述问题<sup>[2]</sup>。与此不同,也有学者强调其中国特色及与既判力等理论的区别<sup>②</sup>,主张在解释论上细化发生预决事实效力的要件<sup>[3]</sup>或者

① 实务例见:张雅芬. 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实,当事人无须举证证明——陕西裕洋置业有限公司与西安市房地产管理局第一分局、西安市雍华置业有限公司及陕西省轻工行业管理办公室返还垫付款纠纷上诉案〔(2007)民一终字第54号〕[G]//最高人民法院民一庭. 民事审判指导与参考(2008年第4集). 北京:法律出版社,2009:206-220;张雅芬. 守约方实际损失大于违约方应支付的违约金数额,违约方还应承担违约赔偿责任,但赔偿数额应以守约方实际损失为限——中国农业银行重庆市分行与重庆雨田房地产有限公司房屋买卖合同纠纷上诉案〔(2004)民一终字第8号〕[G]//最高人民法院民一庭. 民事审判指导与参考(2007年第2集). 北京:法律出版社,2007:207-227.

② 比如江伟和常廷彬教授比较了上述事实预决力和既判力、争点效、争点排除效和司法认知概念的异同。(参见:江伟,常廷彬. 论已确认事实的预决力[J]. 中国法学,2008,(3):102-109;邹碧华. 要件审判九步法[M]. 北京:法律出版社,2010:100-101.) 点明预决效力与既判力分属事实和法律问题的观点,亦参见:林剑锋. 民事判决既判力客观范围研究[M]. 厦门:厦门大学出版社,2006:19-20.

收稿日期:2014-04-14

基金项目:2011年国家社科基金一般项目“民商事审判方法研究”(11BFX122);中国国家留学基金资助项目(留金发[2011]3005号)

作者简介:曹志勋(1986-),男,河北高阳人,上海交通大学凯原法学院博士后研究人员,法学博士。

鸣谢:作者感谢傅郁林教授、任重博士和博士生李曼的修改建议。

至少从结论上支持在区分既决事项和既决事实基础上进一步完善该制度<sup>[4]</sup>。更有学者认为,既决效力来自于部分既决事实<sup>①</sup>已满足法律真实的要求,因此应当具有相对的效力<sup>[5]</sup>。

然而,在我国民事诉讼法律主要继受的大陆法系传统<sup>②</sup>中,并不存在类似制度。笔者认为,在立法论上应当否定上述预决效力规则,不仅既判力效果不能适用于裁判理由中的事实认定,我国目前也不应采取争点效理论,而且既判力的事实排除效力和裁判文书的证明力规则也不能支持上述预决效力。值得说明的是,大陆法系典型代表为德国、法国、意大利等欧洲国家,以及与德国一道、同作为祖国大陆及我国台湾地区法制母国的日本。参考我国主要借鉴的方向和学者习惯讨论的内容,本文将主要以德国和日本的观点为讨论对象,其中更以率天下之先的德国为主。

## 二、预决效力无法得到既判力理论的支持

### (一) 定性: 预决效力的理论意义

与前述我国学者的分析思路保持一致,否定事实预决效力的第一站应当是与既判力相关的理论。支持预决效力的学者可能主张构成既判力即不能再诉,而预决效力指的仅是事实推定,两者在本质上有明显区别。笔者完全同意两者在效力程度上的不同,预决效力理论并不妨碍对先决问题的重新审理和判断,预决效力在裁判技术上停留在事实层面,而非请求权/诉讼标的层面。但是,除了当事人持有证明价值高的直接证据的少数情形外,对证明责任的重新分配将不当增加新的本证方的证明难度并降低其胜诉可能,在实际效果上也能达到妨碍另诉胜诉的效果。而且,由于上述两种效力的目的都是一次性纠纷解决,以及作为预决效力重要理论支持的争点效理论与既判力理论的重要关联,既判力理论必须作为后续讨论的起点。

同时,扩大关注视野后可见,事实预决效力的问题可以归入前诉裁判理由对后诉的影响这一问题下。相反,如果涉及的是前诉的诉讼标的/判决主文,那么后诉法官显然就受到前诉裁判既判力的约束,并且应当根据一事不再理原则由法官依职权调查。比如在前诉确定了物的所有权的归属或者合同给付的义务,那么在随后主张所有物返还请求权或者违约损害赔偿及违约金的案件中,就必须以前诉的主文判断为前提。<sup>③</sup>先进行的确认之诉的裁

判主文同样构成随后提起的给付之诉的先决问题。<sup>④</sup>

### (二) 基础: 大陆法系的传统观点

为了明确讨论的对象,这里首先简要回顾大陆法系传统理论中的基本观点。在德国,限缩的既判力理论是长期以来的通说。如果没有中间确认之诉及其判决(§ 256 II ZPO),前诉中附带判断的先决问题或法律关系不发生既判力效果,后诉中仍然可以重新审理并作出不同判断。<sup>⑤</sup>基于类似理由,前诉中的法律定性原则上也不发生既判力,比如前诉对过错的认定。<sup>⑥</sup>显然,先决问题也与判断诉讼标的的时的诉的理由并不相同<sup>[6]</sup>。从德国《民事诉讼法》的基本历史选择和文义解释出发,旧实体法说和诉讼法说都支持上述观点。同时,由于涉及的实体权利或法律关系和诉的声明都不同,独立的确认先决法律关系之诉的诉讼标的自然也针对具体

① 张卫平教授也认为并非所有被确认的事实都具有免除证明的效力,自认事实的真实性由于源于推定不能发挥上述效力。(参见:张卫平,《民事诉讼法》[M],北京:法律出版社,2013:400.)

② 参见:张卫平,《对民事诉讼法学贫困化的思索》[J],《清华法学》2014(2):5-34;陈刚,《法系意识在民事诉讼法学研究中的重要意义》[J],《法学研究》2012(5):40-43;周翠,《全球化背景下现代民事诉讼法改革的方向与路径》[J],《华东政法大学学报》2012(4):94-101;肖建国,《回应型司法下的程序选择与程序分类——民事诉讼程序建构与立法的理论反思》[J],《中国人民大学学报》2012(4):2-12.相反对此持保留态度的观点,参见:汤维建,《我国民事诉讼法学的现代化转向》[J],《清华法学》2013(5):143-154;吴英姿,《诉讼标的理论“内卷化”批判》[J],《中国法学》2011(2):177-190;陈桂明,李仕春,《形成之诉独立存在吗?——对诉讼类型传统理论的质疑》[J],《法学家》2007(4):113-121.

③ 参见:BGH NJW 2008, 1227, 1228, Tz. 9; NJW 2003, 3058, 3059; NJW 1993, 3204, 3205; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 151 Rn. 15; MüKoZPO/Gottwald, 4. Aufl., 2013, § 322 Rn. 51 f.

④ 参见:BGH NJW 2008, 1227, 1228, 19 f.

⑤ 参见:BGHZ 183, 77 = NJW 2010, 2210, 2211, Tz. 9 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 153 Rn. 14 ff.; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 91 ff., 170; Schwab, Die Bedeutung der Entscheidungsgründe, in FS Eduard Bötticher, 1969, 321, 324 f.; Roth, Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation, ZJP 124 (2011), 3, 5 f.; Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, 1. Aufl., 1880, 290 ff. 607 ff.

⑥ 参见:BGHZ 183, 77 = NJW 2010, 2210, 2211 f., Tz. 14 ff.; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., 2008, § 322 Rn. 111 ff. (根据不同类型不同处理); MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 93 ff.; Roth, a. a. O., 7 ff. 实务上主要涉及抵销的问题,因为民法理论一般认为,故意或重大过失侵权债权不得抵销(§ 393 BGB,《合同法》第99条第1款但书)。

实体权利的给付之诉不同。<sup>①</sup>

在当代,学者多由于欧洲法上诉讼标的核心理论的渗入调整了对诉讼法二分肢说的态度。所谓核心理论,即在识别标准上不再考虑诉的声明,而仅仅从广义的事实因素入手。这样做的直接后果是将先决法律问题纳入既判力的范围,并且尽可能避免平行诉讼和重复诉讼,但同时也使得识别相同诉讼标的之标准更为模糊。虽然在欧盟法盛行之前德国就已经出现了类似观点<sup>[7-8]</sup>,然而这一理论主要代表了英美法系的思考方式(纠纷事实观),并且兴起于欧盟法的特定背景下。<sup>②</sup>正如施蒂尔纳(Stürmer)教授所指出的,在欧洲法的冲击下,新的法律继受时代即将开启,诉讼标的理论能够保留法教义学上的纯粹和解释体系化的时代已经一去不复返了<sup>[9]</sup>。不过,学者们并不会反对在涉及既判力时仍然应当采取二分肢说及区别诉讼标的与先决法律关系的思路。比如,即使主张不同的权利保护形式(确认和给付)应当构成相同的诉讼标的的观点的罗特(Roth)教授,同样也认为诉讼标的不应包含先决法律关系,确认合同无效之诉不受到给付之诉诉讼系属的约束<sup>[10]</sup>。<sup>③</sup>相反主张将核心理论在德国诉讼标的理论中一以贯之地推广的哥特瓦尔德(Gottwald)教授,也同样认为在涉及既判力的问题上,仍应当坚持原有二分肢说的观点<sup>[11]</sup>。由此可见,先决法律关系不应发生既判力效果是德国法系的基本立场,也是对实践和相关程序价值长期考量的产物。

这样看来,由于预决事实涉及的争点一般可以归入先决问题和法律关系中,其在传统理论上并不具有预决的效力。

### (三) 规避: 独立的中间确认之诉

在传统理论下,如果当事人希望将法院对预决事实争点的判断纳入既判力范围,就需要专门提起中间确认之诉,即在系属的诉讼中额外提起的、不独立的确认之诉,目的即将本案中终局判决的既判力扩大到先决法律关系(präjudizielle Rechtsverhältnisse)。<sup>④</sup>在我国,也有学者主张应当引入中间确认之诉制度<sup>[12-13]</sup>。

具体而言,在德国,原告可以在起诉时一并提起主诉(给付、确认和形成之诉)和中间确认之诉<sup>⑤</sup>,也可以在诉讼过程中通过追加新的诉讼标的构成诉的合并<sup>⑥</sup>;被告则可以提起中间确认反诉。无论在一审还是控诉审中,当事人都可以提起中间确认之诉<sup>⑦</sup>,但是在法律三审中则由于禁止诉的

追加而不得提出。<sup>⑧</sup>在满足各自不同条件下,当事人有提起中间确认之诉还是独立确认之诉的自由。<sup>⑨</sup>涉及中间确认之诉最典型的情况是,原告仅就部分债权提起给付之诉,而被告对先决法律关系是否存在提起中间确认反诉,以避免既判力限于本诉原告提起诉讼的部分。<sup>⑩</sup>中间确认判决可以与原有请求合一判决,在其先于原有请求适于裁判时,也可以通过作为终局判决的部分判决(§ 301 ZPO)先行裁判。<sup>⑪</sup>由于当事人就部分判决与

① 旧实体法说的观点,比如: Lent, *Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., 1959, § 37 III (S. 103), 63 III (S. 178). 在诉讼法说下,由于诉的声明是识别诉讼标的的标准,两者显然明显不同。

② 参见: Stein/Jonas/Roth, a. a. O., vor § 253 Rn. 46 ff.; Gottwald, *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*, in Gottwald/Greger/Prütting, *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa: Symposium für K. H. Schwab*, 2000, 85; Rüßmann, *Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluß*, ZJP 111 (1998), 399, Fn. 1; Bork, *Der Vergleich*, 1988, S. 431 ff.

③ 相同观点,参见: Rüßmann, a. a. O., 407 Fn. 43, 414 ff.; Walker, *Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluß*, ZJP 111 (1998), 429, 437 ff., 454 (在与给付之诉涉及相同内容的消极确认之诉的情况下,也坚持德国既有通说); Zeuner, *Zum Verhältnis zwischen internationaler Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit nach den Regeln der ZPO*, in FS Gerhard Lücke, 1997, 1003, 1017 f.

④ 参见: BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82, 83, Tz. 12; BGH NJW 1992, 1897.

⑤ 这里实际上超出了法条的文义,允许在起诉时即对之前已经产生争议的先决法律关系提起中间确认之诉。

⑥ 这里同样可以采取诉的预备合并的形式。(参见: BGH NJW 1992, 1897.)

⑦ 参见: BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82, 83, Tz. 10.

⑧ 参见: BGH NJW 1961, 777, 779.

⑨ 参见: Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 96 Rn. 35, 38, 45; Thomas/Putzo/Reichold, 33. Aufl., 2012, § 256 Rn. 26; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 256 Rn. 9; MüKoZPO/Becker – Eberhard, a. a. O., § 256 Rn. 75 ff.

⑩ 参见: BGHZ 69, 37 = NJW 1977, 1637; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 96 Rn. 37; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 256 Rn. 9, 102.

⑪ 参见: BGH NJW – RR 2012, 849, 850, Tz. 13 (在中间确认之诉下做出部分判决,也避免了部分判决可能与针对余下部分的末尾判决相冲突的危险); NJW 2006, 915; NJW 1961, 75; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 96 Rn. 46; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 256 Rn. 119; MüKoZPO/Becker – Eberhard, a. a. O., § 256 Rn. 87; Wiczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 4. Aufl., 2013, § 256 Rn. 385 f.

针对剩余部分的末尾判决(Schlussurteil)有权独立地提起上诉<sup>[14]</sup>。独立做出的中间确认判决也应当具有这种属性,并且在中间确认判决发生既判力之前做出的、针对原请求的终局判决,将以中间确认判决的撤销为解除条件(类推§ 304 II ZPO)<sup>[15-16]</sup>。

中间确认之诉代表的是对一次性纠纷解决理念的审慎态度。<sup>①</sup> 一次性纠纷解决理念也与其他理论一样,时刻面临着程度和边界的问题,也彰显出实体正义和诉讼经济之间的永恒冲突。在既不涉及陪审团制度(英美)、又不涉及不同国家法律统一(欧盟)的我国,对这一理念的推广就应当更为谨慎。<sup>②</sup> 中间确认之诉恰恰可以成为平衡该理念利弊的保险开关。原则上,我们应当优先考虑实体正义,避免诉讼程序中的瑕疵减损当事人接受实体审判的权利,即尽可能保留当事人就争点另诉的权利。但是如果当事人追求诉讼经济的效果<sup>③</sup>,那么法院在提供了足够的程序保障后也可以扩大其解决纠纷的范围,即将本诉中的先决争点问题一并终局解决。就此笔者认为,这种“原则一例外”的折中裁判技术,也应当为我国所采纳。相反在事实预决效力的既有建构中,虽然降低了预决效力的强度,但是仍然采取的是一刀切式的规则模式。由于没有当事人参与的余地,这里考虑的很可能主要是法院自身审理的便利。

#### (四) 反驳: 既判力扩张论及评价

在德国相对漫长的学术史中,也有学者试图挑战既判力限于判决主文这一论断。<sup>④</sup> 自20世纪中叶起,佐伊纳(Zeuner)教授就倡导,前诉裁判理由中的判断在涉及实体法上的“意义关联(Sinnzusammenhänge)或平衡关联(Austauschzusammenhänge)”时,也可以发挥既判力效果<sup>[17]</sup>。倾向于新实体法说的学者亨克尔(Henckel)和里梅尔施巴希尔(Rimmelspacher)教授也分别主张与之类似的、相同“经济价值(wirtschaftliche Wert)<sup>[18]</sup>和法律地位(Rechtsposition)<sup>[19]</sup>来支撑类似结论。在当前学界,部分观点也认为在极少数情况下先决法律关系能够例外地发生约束力,比如有力说认为在土地登记更正之诉(§ 894 BGB)中,诉的目的显然只能是确认所有权归属,从裁判技术上甚至可以直接视为确认所有权之诉。因此,虽然该诉的主文并未确认所有权,后者同样也应当发生既判力。<sup>⑤</sup> 但是,且不说最为保守、坚持传统的观点完全否定既判力

向先决法律关系扩张的可能性<sup>[20]</sup>,多数学者也广泛质疑在前述极端情形之外、更为大胆的扩张主张,比如认为双务合同关系的效力也可以作为先决问题被确定的观点。类似的情形中,相反债权是否存在并不因前诉发生既判力而得到解决<sup>⑥</sup>,基于所有权的返还请求权也无法确认所有权的归属(§ 985 BGB)。<sup>⑦</sup>

本文无意从学说史上全面分析,而主要针对这种较新学说可能面对的困难。首先,上述各种标准已经超越了德国法的文义解释,由于违背立法者的原意,也不能适用目的性限缩解释。<sup>⑧</sup> 而就我国《民事诉讼法》第124条第5项规定的“对判决、裁定、调解书已经发生法律效力”来说,这里的“案件”应当限于诉或者诉讼标的,也不存在将先决问题或法律关系解释进来的空间。其次,既判力扩张论提供的标准也都过于抽象、无法对每一类型的案件给出明确答案,并且可能对部分并未意识到既判力扩张的当事人造成裁判突袭。在德国现有制度下,法官在自由心证下对矛

① 不同认识,参见:吴英姿. 诉讼标的理论“内卷化”批判[J]. 中国法学, 2011(2): 177-190.

② 对该理念在德国适用的详细讨论,参见:Stürmer, a. a. O. (2005), 1068 f.

③ 为了保障双方当事人的权利义务平等《民事诉讼法》第8条第一句和第51条第二句后半句)此时与起诉的情形相同,只需一方当事人行使处分权即可。

④ 对于德日相关学说的介绍,亦见:林剑锋. 民事判决既判力客观范围研究[M]. 厦门:厦门大学出版社, 2006: 83-91.

⑤ 有力学说的观点,参见:Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 322 Rn. 83, 209; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 56, 102; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl., 2013, § 894 Rn. 12; Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 894 Rn. 166; MüKoBGB/Kohler, 6. Aufl., 2013, § 894 Rn. 45. 相反通说则认为此时和所有物返还请求权一样,对所有权归属的认定仅属于先决问题,因而不发生既判力。(参见:BGH NJW-RR 2008, 1397, 1398 f., Tz. 19; NJW-RR 2002, 516, 517; Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., § 322 Rn. 10; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., 2014, Vor § 322 Rn. 36.)

⑥ 参见:Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., § 322 Rn. 29; Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 322 Rn. 86, 204 f.; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 57, 100; Zöller/Vollkommer, a. a. O., Vor § 322 Rn. 28, 36. 少数观点:Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, § 155 III 2 (S. 986); Henckel, a. a. O. (1970), S. 198 ff.; Zeuner, a. a. O. (1959), S. 75.

⑦ 参见:BGH NJW-RR 2008, 1397, 1398, Tz. 19. 少数观点:Zeuner, a. a. O. (1959), S. 151.

⑧ 不同观点,参见:Foerste, Zur Rechtskraft in Ausgleichszusammenhängen, ZJP 108 (1995), 167, 176 ff.

盾主张可能的不利评价以及极端例外时适用权利滥用/诚实信用原则的可能性,事实上也都可以达到与上述既判力扩张论类似的功能。相反,过广的既判力范围反而不利于既判力终局效果的维护,因为此时坚持既判力标准则限制了司法对正义的追求,而经常由于个案否定既判力又不利于司法稳定和司法权威。<sup>①</sup>我国的情况也与此类似,而且个案正义具有压倒性优势。最后从法系传统来看,德国和英美的争点排除理论(issue preclusion, collateral estoppel)各代表一种“对立”的理论以及对古日耳曼法不同态度,上述扩张论对民事诉讼理论的改动将很可能是方向性和根本性的<sup>[21]</sup> § 322 Rn. 55。简言之,该争点排除效即指在诉讼中实际辩论并被生效终局裁判的主要事实或法律争点,不得在任何其他诉讼中再次提起。<sup>②</sup>比较法上其他规则可以体现为两种模式间的中间状态。比如,仅从既判力理论的内容来看,法国理论处于德国和英美之间:法国一方面将既判力涉及的原因事实限缩在当事人在诉讼中提出的部分,另一方面又将既判力范围部分扩大到裁判理由中的先决问题上<sup>[22]</sup>。而欧洲法院的立场(诉讼标的核心理论)则倾向法国和英美法系。<sup>③</sup>既然如前所述我们长期以来视大陆法系、特别是德日传统为同宗同源的“本家”,又不存在前述欧洲法上法源复杂的特殊情况,就更应警惕轻易改弦更张可能带来的制度冲击。

在以上来自两大法系的学术脉络的基础上,出现了以日本新堂幸司教授为代表主张的争点效理论,并在日本和我国台湾地区成为学界的有力学说。<sup>④</sup>据新堂幸司教授自述,他本人的学说主要来自英美争点效理论的启发,而大致同一时期的其他学者则通过对上述德国学说的引介发展了类似学说。此外,将其学说与大陆法系原有既判力理论有效衔接,并且适应不同的诉讼标的理论,也是其学术研究的重点<sup>[23-24]</sup>。简而言之,所谓争点效,即如果在前诉中由当事人充分辩论和法院审判的、在裁判理由中出现的主要法律争点(如所有权归属、是否存在侵权损害赔偿请求权、合同效力)在后诉中也成为先决问题,而且该争点在前后诉中涉争利益的经济价值等同,那么对争点的判断就将同时约束当事人和法官。争点效不同于裁判主文发生的既判力效果及后文详述的既判力中的事实排除效,实质上即依照诉讼法说的精神扩大既判力覆盖的范围(比如法律定性和先决问

题)并且构成以裁判理由中法律判断约束力为对象的理论主张。<sup>⑤</sup>总体而言,争点效理论一方面从理论上加强了对一次性纠纷解决理念的追求,另一方面却也面临着与前述既判力扩张论类似的标准模糊、缺乏可预见性以及可能无谓浪费诉讼资源的弊端。就此而言,在传统学说下理论和实务都已发展完备的日本或我国台湾地区,这或许是锦上添花的神来之笔,他们也可以通过理论与实务界的充分互动寻找最适合自己环境的“通说”。但是在传统诉讼法理方面仍有很大发展空间的我国,笔者对该理论当下的贡献并不持乐观态度。<sup>⑥</sup>

比较而言,佐依纳的既判力扩张说和日本的争点效理论与德国目前通说的主要区别在于中间确认之诉的作用范围。在前者看来,在涉及实体联系的前后诉之间,先决法律关系自动产生既判

<sup>①</sup> 参见:BGH NJW 2003, 3058, 3059; Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 322 Rn. 202 ff.; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 53 ff.; Musielak/Musielak, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl., 2012, § 322 Rn. 26 f.; Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, ZJP 76 (1963), 229.

<sup>②</sup> 参见:S. C. Yeazell, Civil Procedure, NY: Wolters Kluwer, 2012, pp. 749-772; A. A. S. Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice, London: Sweet & Maxwell, 2006, pp. 940-943; Albrecht, Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren, 2013, S. 202 ff.; Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 110 f. 国内相关讨论,亦见:纪格非.“争点”法律效力的西方样本与中国路径[J].中国法学,2013,(3):109-120;郭翔.民事争点效力理论研究[M].北京:北京师范大学出版社,2010.

<sup>③</sup> 作者同时认为德国式限缩的既判力理论更适合跨国法律纠纷,仅从由于语言障碍难以准确理解外国判决就可以看出其合理性。(参见:Stürmer, Rechtskraft in Europa, in FS Rolf A. Schütze, 1999, 913, 920 ff., 926 ff., 934.)

<sup>④</sup> 关于我国台湾地区的情况,参见:黄国昌.争点效理论之细致化——评“最高法院”1996年度台上字第1782号判决[G]//黄国昌.民事程序法学的理论与实践.台北:元照出版有限公司,2012:275-290.学者较早前的集中讨论,参见:沈冠伶等.民事判决之既判力客观范围与争点效[G]//“民事诉讼法”研究基金会.“民事诉讼法”之研讨(十七).台北:三民书局,2010:3-92.

<sup>⑤</sup> 参见:新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译.北京:法律出版社,2008:481,492,496-501.这样争点效理论在效果上虽然与欧盟法上的诉讼标的核心理论部分相同,但是两者在理论上却是泾渭分明。后者参见:EuGH, Ur. v. 08.12.1987, Rs. 144/86, Slg. 1987, 4871, 4875 f., Rn. 12-17.

<sup>⑥</sup> 从理论上讲,也有学者在整体上支持支持肯定的态度,参见:张卫平.民事诉讼法[M].北京:法律出版社,2013:405-406;郭翔.民事争点效力理论研究[M].北京:北京师范大学出版社,2010:239-253.

力,并不必假借中间确认之诉;相反德国通说则对寻求更广既判力效果的当事人提出强制要求,必须额外提起中间确认之诉<sup>[17]</sup><sup>173 f.</sup>。除了可能涉及的级别管辖问题<sup>①</sup>以及对处分权主义的强调,这里在更深层次上则涉及论者对当事人理想型(Idealtyp)的预期,即是大多数当事人都希望在诉讼中终局地解决先决法律关系,还是希望日后仍有可能重新审视并调整诉讼策略及证据收集的方向。对于上述问题的不同回答,也就决定了将哪种对既判力的理解作为默认选项。在我国,至少从不少学者的表态来看,德国通说将既判力限缩在裁判主文的做法仍然被广为接受<sup>②</sup>,而日本和我国台湾地区通说拒绝争点效理论的实践也进一步提供了寻求共识的基础。再考虑到前述我国应当对一次性纠纷解决理念保持审慎态度的分析,不宜认为引入中间确认之诉的裁判技术构成循环论证、甚至成为所谓的“屠龙术”<sup>[25]</sup>。

(五) 实务:对《最高人民法院公报》案例的批评

此外,我们还需要注意到大陆法系诉讼法理对矛盾判决的理解。实际上,只有判决主文部分矛盾才是真正的矛盾判决,因为此时将直接影响对实体权利的归属判定,并且妨碍在给付之诉中的判决执行。而对裁判理由的冲突则不必大惊小怪,因为由于不同案件的事实发现程度和争议重心不同,客观上本就有不相同的可能性。这种冲突不会产生前述在诉讼标的层面的重大后果,因此只需在必要时通过审级制度加以救济。而且,从目前主流学界对纠纷解决的诉讼目的和法律真实说的大致认同也可看出,发现真相的诉讼目的/功能自有其限度,上述主要存在于事实层面的冲突是可以被允许的。

由此可见,《最高人民法院公报》案件中发表过的裁判意见可能导致一定误解。最高人民法院曾经指出,“当事人对已经发生法律效力判决不服,或者法院发现生效判决确有错误,只有依法通过启动审判监督程序,撤销原判,才能对案件重新审理。否则,当事人和法院都应受该生效判决的拘束,当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容,法院也不得在以后的诉讼中作出与该判决冲突的认定和处理。”<sup>③</sup>上述观点被部分学者认为属于对既判力积极作用的直接表述<sup>[26]</sup>,在实践中也已经有观察者认为本案涉及争点效理论的应用。然而,本案的实质是,在前诉仅涉及支付

购房款的给付之诉、后诉主张合同解除或无效时,作为前诉中争点的合同效力也被认为约束后诉中的法院和当事人,并且不应当实体审理而直接驳回起诉。如前所述,依大陆法系传统法理此时应该构成两个诉讼标的,既不适用既判力效果(诉讼标的的不同),又不适用争点效(因为前诉争点在后诉中是诉讼标的本身而非争点)。相反,此时可能涉及在诉讼法说下的事实排除效(详见下文),即前诉对事实问题的判断约束后诉中的当事人和法院。但是由于这种排除效仅发生在事实和证据层面而未能上升到请求/权利主张的层面,因此在裁判技术上就只能是通过实体审理判决驳回诉讼请求,不影响当事人的裁判请求权。当然,即使按照事实预决效力理论,也应当保障当事人接受实质审判的权利。如果此时需要裁定驳回起诉,就不可能进入事实认定和证明评价的阶段,实际上也即架空了前述事实的预决效力。

### 三、预决效力不同于既判力的事实排除效

在大陆法系理论中有所谓既判力的事实排除效(遮蔽效)或者相对的既判力(relative Rechtskraft),在理论上属于既判力时间范围的内容,即在后诉中排除前诉口头辩论终结前已经存在的、属于同一“生活事实”范围的事实主张。相反,只有那些与前诉诉讼资料无关的陈述才能免于被遮蔽的命运。<sup>④</sup>原因在于,前诉中当事人提出的诉讼资料和法官做出的事实认定及其法律评价都是前述裁判的基础,也是前诉主文发挥既判力的前提,当

<sup>①</sup> 比如前诉的声明是停止侵权,后诉则请求巨额损害赔偿。(参见: Peters, a. a. O., 236 f.) 在我国,同样可能发生相同的情况(《诉讼费用交纳办法》第13条)。

<sup>②</sup> 比如:李浩,《证据规定》与民事证据规则的修订[J]. 中国法学, 2011, (3): 31-40; 林剑锋, 民事判决既判力客观范围研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2006: 58-66, 155-164; 翁晓斌, 论已决事实的预决效力[J]. 中国法学, 2006, (4): 180-189.

<sup>③</sup> 参见: 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[(2005)民一终字第65号][J]. 最高人民法院公报, 2006, (6): 14-19.

<sup>④</sup> 既判力的时间范围涉及的另一类情况是在前诉口头辩论终结之后才产生的事实,自然也不受到既判力的约束,这里也就包括了随后产生且在前诉中无法预见的后续损害。囿于主题,本文对此不再展开。(参见: BGH NJW-RR 2006, 712, 714 f., Tz. 16 ff.)

事人不得在后诉中挑战其正确性。<sup>①</sup> 虽然我们应当区分裁判理由和裁判主文,但是如果先诉中推论出裁判主文的事实基础被推翻,那么裁判主文及其既判力也将成为无本之木。易言之,预决事实不具有普遍效力,但是在本案既判力范围内可以发挥约束力。

关于生活事实的讨论以诉讼标的学说中的诉讼法二分肢说为前提,相反在其他学说体系下,生活事实并不能发挥重要作用。从性质上看,生活事实应当包含“从当事人自然观察的角度看( bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise),应当属于由当事人为了裁判所陈述的事实因素( Tatsachenkomplex)的所有事实”,或者应当“被整个历史生活经过确定”( durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt)。至于上述事实是否被当事人实际陈述或者当事人当时能否陈述,都不影响对上述生活事实的判断。<sup>②</sup> 具体而言,很难从理论上描述识别不同生活事实的标准,而只能通过案件的类型化加以观察。比如,重新出具的结算账单或者发票<sup>③</sup>不影响生活事实的同一性。类似地,在原告先以合同解除为由请求返还部分买卖价款、并被生效判决驳回的情况下,另行以欺诈为由撤销合同并主张返还价款的诉讼涉及的仍是相同的诉讼标的,此时涉及的是同一生活事实。相反,对于分别基于基础法律关系(比如买卖)和票据法律关系(本票、汇票、支票)或(同样作为抽象法律行为的)债务承认的、相同的诉的声明而言,一般认为此时生活事实并不相同,因此构成不同诉讼标的。分别基于自己权利和转让后的债权,或者先主张价款支付请求权,随后由于前诉认定合同无效继而主张不当得利返还请求权的情况也被社会一般观念视为不同的生活事实,因此同样构成不同诉讼标的。<sup>④</sup> 在买卖合同中,请求减价和解除合同的主张构成不同诉的声明在量上的变化以及事实因素的变化,因而构成不同诉讼标的。<sup>⑤</sup>

不过值得注意的是,上述事实排除效仅能在前诉诉讼标的范围内发生效果。在诉讼法二分肢

说下,这就意味着当后诉的声明与前诉的相同时,即使具体的事实因素在前诉中没有提出,如果其属于前诉裁判的生活事实,不仅不能被提出,而且由于不满足诉讼要件,也无法进入实体审理<sup>[21] § 322 Rn. 144 f. [27]</sup>。这实际上只是从事实主张的

① 参见: BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252, 1253; BGHZ 131, 82 = NJW 1996, 57; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 155 Rn. 5 ff.; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 139 ff.; Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 208 ff.; Schwab, a. a. O. (1969), 322 ff.; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 146.

② 参见: BGHZ 194, 314 = GRUR 2013, 401, 402, Tz. 18 ff.; BGHZ 168, 179 = GRUR 2006, 960, 961, Tz. 15; BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252, 1253; BGHZ 117, 1 = NJW 1992, 1172, 1173; BGHZ 34, 337 = NJW 1961, 917; BGH NJW 2011, 2785, 2786, Tz. 9; BGH NJW 1983, 388, 389; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 92 Rn. 10, 23; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., Vor § 253 Rn. 11 f.; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 206 ff., 221 f., 282 ff. (但是区分对应前诉中提出的事实的基于既判力的排除效和对应整个生活事实范围的一般排除效); Büscher, Klagehäufung im gewerblichen Rechtsschutz – alternativ, kumulativ, eventuell?, GRUR (2012), 16, 23 ff. (作者为负责审理竞争法和知产案件的最高法院审判庭的副庭长)。

③ 参见: BGH NJW – RR 2004, 167; BGH NJW – RR 1996, 891, 892.

④ 参见: BGH NJW 1990, 1795, 1796; MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 119; Musielak/Musielak, a. a. O., Einl. Rn. 75 f. 相反也有学者主张此时应当构成相同的生活事实: Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., Einl. II Rn. 31. 这实际上也从一个侧面表现了生活事实同一性认定的困难。与此相关的另一种情况是,如果前诉中被告被判负有给付义务(这与正文中的例子相反),那么就不能在后诉中主张自始没有给付义务、因此构成不当得利。(参见: BGH NJW 2000, 2022, 2023; NJW 1995, 967; Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., § 322 Rn. 11.) 认为构成两个诉讼标的,但是由于两者不能并存( unvereinbar),因此必须驳回诉讼请求的看法,参见: MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 45; Musielak/Musielak, a. a. O., § 322 Rn. 22.

⑤ 参见: BGH NJW 1990, 2682. 由于德国新《债法》改变了买卖合同解除权的相关规定,该判例是否仍然适用也许值得进一步思考。笔者初步以为,依现行德国法,减价和解除是买受人在标的物瑕疵时可以择一行使的两种形成权( § 437 Nr. 2, 441 I BGB.) 由于形成权直接导致法律关系变动,做出了一种形成意思表示之后虽然在实体法上不能再做另外一种意思表示。但是这不一定影响诉讼法上诉讼标的的识别。相关讨论,可见: Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 437 Rn. 20, 27 f.; MüKoBGB/Westermann, 6. Aufl., 2012, § 437 Rn. 50. 基于后文相对诉讼标的论认为此时构成合法的诉的变更、即生活事实不变的观点: Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § § 263 Rn. 6, 264 Rn. 15.

角度重复了既判力效果而已<sup>①</sup>, 并不能支持前述我国一般化的事实预决效力。

#### 四、预决效力不同于公文书的证明力规则

最后, 大陆法系公文书的证明力规则( § 417 ZPO) 也不能作为事实预决效力规则的基础。<sup>②</sup> 与两者不同, 证明力规则针对的不是彻底排除的效力, 而只是类似预决事实的证明效力。

其一, 德国法上从未承认来自英美法系的判例证明效( Beweiswirkung) <sup>[28-29]</sup><sup>③</sup>, 也从未赋予刑事及治安案件判决书以预决效力。部分学者产生误解的原因可能在于中译罗森贝克教材<sup>[30]</sup>中没有注意到原书中相关介绍只是 2003 年司法现代化法的立法建议( § 415a I ZPO) <sup>[31]</sup>, 但在该书出版后( 中文译本出版前) 该建议并未最终成为法律<sup>[32-33]</sup>, 并且已在新版教科书中被完全删除。<sup>④</sup>

其二, 法院裁判的证明力仅体现在法院确实做出了与文书相同内容的司法行为, 而不涉及文书中法律争点、事实或证据, 后者实际上是法院的法律判断。易言之, 裁判理由中认定的事实, 并不会由于上述证明力而得到既决的确定。此外从实质上看, 上述见解试图回到德国《民事诉讼法》施行之前的状态, 实际上推翻了大陆法系既有的证明体系, 并且忽视了刑民诉讼在程序原则和证明规则上的巨大差别。在结果上, 这也可能给在刑事诉讼外寻求民事救济的受害人带来证明上的困难。<sup>⑤</sup> 因此即使不考虑德国实际的立法状况, 在我国也不应采纳这种观点。

而且, 生效裁判的本案事实( Tatbestand) 部分的证明力( § 314 ZPO) 也只涉及对当事人陈述的书面证明, 而不涉及前诉法院对事实的认定。如另文详述, 判决书中的本案事实部分( § 313 I Nr. 5 ZPO) 即未经法官评价的、当事人眼中的事实, 应当表述简洁、结构清晰地记述当事人主张的( 诉讼) 请求权、相关攻击防御方法以及诉的声明( § 313 II S. 1 ZPO), 以便使事先不了解本案案情的法律专业人士都能以此为据, 自行撰写裁判理由和裁判结果。本案事实中的内容都具有公文书的证明力( § 417 ZPO), 即证明法院确实做出了与文书相同内容的司法行为。原则上看, 本案事实中记载的当事人陈述被视为确实提出( 积极证明力), 未记载的则被视为未提出( 消极证明力)。<sup>⑥</sup> 但是, 本案事实部分确定的只是当事人的

陈述, 而不是事实本身或认定的事实<sup>[34]</sup>。<sup>⑦</sup> ML

#### 参考文献:

- [1] 李浩. 《证据规定》与民事证据规则的修订[J]. 中国法学, 2011 (3): 31-40.
- [2] 翁晓斌. 论已决事实的预决效力[J]. 中国法学, 2006 (4): 180-189.
- [3] 纪格非. “争点”法律效力的西方样本与中国路径[J]. 中国法学, 2013 (3): 109-120.
- [4] 傅郁林. 先决问题与中间裁判[J]. 中国法学, 2008 (6): 155-169.
- [5] 胡军辉. 论民事既判事实之预决效力[J]. 湘潭大学学报: 哲学社会科学版, 2010 (4): 39-44.
- [6] Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1929, § 87 II 2 a β (S. 252 f.).
- [7] Baumgärtel, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS (1974), 69, 73 ff.
- [8] Baumgärtel, Besprechung von Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, AcP 168 (1968), 401, 406.
- [9] Stürmer, Der deutsche Prozeßrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, in FS Gerhard Lüke, 1997, 829, 836.
- [10] Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., 2008, Vor § 253 Rn. 55, § 261 Rn. 31.
- [11] Gottwald, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, in Gottwald/Greger/Prütting, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa: Symposium für K. H. Schwab, 2000, 94.

① 相反见解, 参见: 吴英姿. 诉讼标的理论“内卷化”批判[J]. 中国法学, 2011 (2): 177-190.

② 不同意见, 参见: 纪格非. “争点”法律效力的西方样本与中国路径[J]. 中国法学, 2013 (3): 109-120.

③ 国内相关讨论, 参见: 齐树洁, 季俊强. 英国证据法中先前判决的效力问题[J]. 清华法学, 2011 (5): 136-142.

④ 与此不同, 似乎法国法的通说承认上述效力。(参见: 施鹏鹏. 刑事既判力理论及其中国化[J]. 法学研究, 2014 (1): 150-170.)

⑤ 德国的批评意见, 参见: Huber, Modernisierung der Justiz? - Anmerkungen zu dem die ZPO betreffenden Teil des beabsichtigten Justizmodernisierungsgesetzes, ZPR (2003), 268, 270 f.; G. Vollkommer, Bindungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils im nachfolgenden Schadensersatzprozess des Geschädigten, ZIP (2003), 2061, 2061 f.

⑥ 参见: BGH NJW 1983, 885, 886; NJW - RR 1990, 1269.

⑦ 这也是民事裁判与刑事裁判之间的重要区别。(参见: Huber, Das Zivilurteil, 2. Aufl., 2003, Rn. 333.)

- [12]丁宝同. 民事判决既判力研究[M]. 北京: 法律出版社 2012: 139 - 143 217 - 220.
- [13]张晋红. 关于中间确认判决制度的立法思考[J]. 中国法学 2002 (5): 109 - 117.
- [14] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 59 Rn. 25.
- [15] MüKoZPO/Becker - Eberhard, 4. Aufl., 2013, § 256 Rn. 89.
- [16] Wiczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 4. Aufl., 2013, § 256 Rn. 388.
- [17]Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959.
- [18] Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 171 ff.
- [19]Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 202 ff., 259 ff.
- [20]Musielak/Musielak, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl., 2012, § 322 Rn. 27.
- [21]MüKoZPO/Gottwald, a. a. O.
- [22]Zeuner, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß, in FS Konrad Zweigert, 1981, 603, 608 ff.
- [23]新堂幸司. 新民事诉讼法[M]. 林剑锋,译. 北京: 法律出版社 2008: 493 - 494.
- [24]林剑锋. 民事判决既判力客观范围研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社 2006: 91 - 112.
- [25]吴英姿. 诉讼标的理论“内卷化”批判[J]. 中国法学 2011 (2): 177 - 190.
- [26]张自合. 论已决事实的预决效力[J]. 山东警察学院学报 2011 (5): 38 - 43.
- [27] Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 167.
- [28]Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 206.
- [29]Mendelssohn Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, 1900, S. 362 ff.
- [30]罗森贝克 施瓦布 戈特瓦尔德. 德国民事诉讼法[M]. 李大雪,译. 北京: 中国法制出版社 2007: 886 - 887.
- [31]BT - Drucks 15/1508, S. 20 f.
- [32]BT - Drucks. 15/3482, S. 17.
- [33]Wiczorek/Schütze/Ahrens, a. a. O., Vor § 415 Rn. 9 ff.
- [34]Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 313 Rn. 58 Fn. 85.

## Reflection on the Pre-determinant Force of Facts

CAO Zhi-xun

(KoGuan Law School of Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200030, China)

**Abstract:** Article 9 of Evidence Rule provides that facts found in the enacted judgment have pre-determinant force, which cannot be accepted by academics in China. From the perspective of legislation theory, this pre-determinant force shall be denied. The pre-determinant force of facts cannot gain support from the traditional theory of res judicata. In order to expand res judicata, intermediate action of affirmation shall be filed. Though the theory of res judicata scope expansion exists in comparative law, it is not suitable for China in that there is blurred criteria, lack of predictability and possible waste of litigation resource. The misunderstanding caused by the cases published on the Supreme Court Communique shall be clarified. Additionally, pre-determinant force is different from the fact-exclusive force of res judicata and the rule of probative force of government official documents.

**Key Words:** pre-determinant force; res judicata; force of disputed issues; fact-exclusive force; probative force of government official documents

本文责任编辑: 李晓锋