

# 既判力相对性原则： 根据、例外与制度化

张卫平\*

---

**内容提要：**既判力相对性原则是既判力制度中的一项基本原则，是指判决的既判力在一般情形下仅发生于当事人之间。这一原则不仅有助于纠纷的终局解决，保障法律关系的稳定，同时能够为没有参加诉讼的案外第三人的民事权益提供程序保障。作为既判力相对性原则的例外，确定判决对于诉讼系属后的承继人及为当事人或其承继人占有请求之标的物者，亦有效力。为他人之利益而作为原告或被告者之确定判决，对于该他人也有效力。我国现行民事诉讼法尚未明确规定既判力相对性原则。这一原则的缺失导致了民事诉讼法在第三人权益的程序保障方面存有重大缺陷，也造成了实践中第三人撤销之诉适用的混乱局面。应当完善既判力制度，确立既判力相对性原则，将第三人撤销之诉的适用限制在确定判决既判力相对性的例外情形。

**关键词：**既判力 既判力相对性原则 既判力主观范围 第三人撤销之诉

---

## 引言

民事诉讼作为解决民事纠纷的一种法律方式，其有效性在于司法机构的裁判效力。如果裁判没有效力，不仅民事诉讼失去价值和意义，民事司法与民事法律也都失去价值和意义。裁判效力是民事诉讼存在的基本保障和前提。作为司法裁判机关，法院在民事诉讼中作出的裁判主要包括判决、裁定和决定。其中，判决是对民事争议实体问题的实质性裁决，因而在司法裁判中具有最重要的地位。“裁判效力的问题是程序法中最核心的问题。”〔1〕因此，对判决效力的研究也一直是民事诉讼法学界研究的重点。

判决的效力是指判决所实际发挥的作用，主要体现为判决对一定主体的约束力或拘束力。从判决效力的原理而言，判决从成立时起便会发生特定的效力，随着时间或程序的推

---

\* 清华大学法学院教授。

〔1〕 三月章：《民事诉讼法》，弘文堂1986年版，第31页。

移，判决一旦确定，还会发生其他效力包括既判力。判决在送达或宣告时便得以成立，〔2〕判决一旦成立，便会对所有法院发生特定的约束力，即所有法院包括作出判决的法院都不得在未经法定程序的情况下撤销、改变其判决。在理论上，作出判决的法院不能改变已经成立的判决，这种对裁判法院的约束力称为“自我约束力”；其他法院包括上级法院亦不得未经法定程序撤销、改变已成立的判决，这种对裁判法院以外法院的约束力称为“羁束力”。〔3〕有的判决如可以上诉的一审判决成立后不会立即确定，只有在上诉期限届满，当事人没有上诉的情形下才会确定。有的判决如终审判决一旦成立便同时确定。〔4〕判决一旦确定还会相应发生其他效力。例如法院不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行审理和裁判，当事人也不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行起诉。这种效力是相对于当事人不得对该判决申明不服，具有终结诉讼程序的形式上的约束力（形式上的确定力）而言的，判决确定之后所具有的上述效力在理论上就称为“实质上的确定力”，即“既判力”。已确定判决的这种既判力效果在客体、主体和时间三个方面得以体现，对判决既判力也需要从这三个维度才能正确、全面地加以理解。客体方面，判决既判力是指对哪些已判决的事项有拘束力，对这些判决事项的裁判对后诉法院和当事人有约束力，即既判力的客观（客体）范围。〔5〕主体方面，判决的既判力是指已经确定的判决对哪些主体有约束力，即既判力的主观（主体）范围。时间方面，是指已确定判决作用的时间界限，也称为既判力的时间范围或既判力标准时。既判力时间范围的意义在于，既判力标准时之前已经存在的事项，无论当事人是否主张，该当事人在后诉中都不能作为攻击和防御的方法再加以主张。〔6〕确定判决是对争议的权利义务关系的确认，而权利义务关系往往是在不断变化之中

〔2〕大陆法系国家，如德国、日本，法律上规定判决从宣告之时起成立。我国法律没有规定判决自宣告之时起成立，虽然民事诉讼法有关于宣判的规定，但没有规定宣判之时为判决成立之时。按照民事诉讼法的规定，送达为法律文书成立的条件，因此，可以认为我国判决的成立是其送达之时。从理论上说，判决成立为判决宣告之时，是因为一旦宣告，当事人便知晓判决的内容，所以此时判决内容对法院就应产生相应的约束力，否则宣告没有意义。在我国实践中，法院会告知当事人，判决的具体内容以判决书为准。这里的以判决书为准，是指判决的具体表述，但判决书的基本内容不能与宣判的内容相矛盾，否则宣告没有意义。

〔3〕川岛四郎：《民事诉讼法》，日本評論社2013年版，第667页。

〔4〕在我国民事诉讼法文本和民事诉讼实务中，将裁判确定的情形笼统地称为“生效”。民事诉讼法第155条规定：“最高人民法院的判决、裁定，以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定，是发生法律效力、生效的判决、裁定。”由此，裁判的成立和生效就成为两个不同的概念。生效的裁判就是指已经确定的裁判。但严格而言，因为判决一旦成立也会产生某些效力，也是生效判决，所以为了加以区别，对于具有既判力、形成力和执行力的判决使用“确定”这一概念更为准确。

〔5〕在大陆法系国家，“判决”这一概念包含“本案判决”和“诉讼判决”两种情形。本案判决是对本案诉讼标的的判决，即对当事人双方之间争议的实体权利义务的裁判，与我国判决的概念内涵相同。诉讼判决是指法院对当事人实体主张是否具有诉讼上的合法性（适法性），即是否可以作出实体裁判的要件（诉讼要件）的裁判，类似于我国民事诉讼法中对诉讼事项的裁定。既判力的客观范围一般是指本案判决的既判力客观范围。因为若以“实体法说”解释既判力的本质，当然无法承认诉讼判决的既判力。但若依照现在主流学说“诉讼法说”，以不符合诉讼要件为由驳回诉的诉讼判决同样具有排斥作用，因此也具有既判力（参见上田徹一郎：《却下・棄却判決の既判力》（《驳回诉、驳回请求判决的既判力》），上田徹一郎：《判決効の範圍》，有斐閣1985年版，第88页）。从我国的情形来看，诉讼要件如法院审判权、管辖权、当事人适格、一事不再理等事项通常是不予受理或驳回起诉的具体事由，不会针对具体的事项单独作出裁决。如此，就难于肯定不予受理或驳回起诉的裁定具有既判力。对于不予受理或驳回起诉的，如果原告再次起诉符合起诉条件的，法院还是应当受理，法院前诉的裁定对后诉法院没有拘束力（张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2013年版，第415页）。

〔6〕依据辩论原则，当事人承担主张责任，只有当事人在法庭口头辩论中主张的事实才能作为裁判的依据。根据处分原则，当事人可以自由支配自己的实体权利和诉讼权利，是否主张及主张何种事实作为攻击或防御的方法，是当事人的自由处分。因此，在前诉中当事人没有主张的攻击或防御方法，视为当事人已经放弃。

的,因此法院的判决所确认的只能是某一个时间点上与权利义务有关的事项(与此不同,刑事诉讼总是对诉讼发生前的事实认定)。也就是说,既判力是一个具有特定时间维度的概念。〔7〕

本文研究的主题属于既判力效力主观(主体)范围中的问题,重点在既判力主观范围中的相对性原则。应当承认,我国民事诉讼既判力的制度建构还相当不完善,其中就包括关于既判力主体范围的原则建构。甚至可以说,在民事诉讼法规范层面,我们还没有既判力制度。这一缺失导致民事诉讼立法中其他诉讼制度建构的紊乱和冲突,也导致了民事诉讼实务中法院审判的迷茫。

在民事诉讼实践中,与既判力主观(主体)范围直接联系的,且实践中十分突出的问题是,当他人之间诉讼的判决涉及到第三人利益时,该第三人能否就此向前诉的原告或被告就前诉诉讼标的相关的事项提起诉讼。在笔者的多次调查中,无论是法官还是律师,对此都十分茫然,对这一问题的回答基本凭直觉感知,所以持肯定与否定结论的人数大体各占一半。进一步的问题是,如果可以起诉,是否会形成两个彼此矛盾的判决,对此应当如何认识和处理,这些都是人们在实践中所面临的问题。

在诉讼制度建构和适用方面,与既判力主观范围直接关联的是第三人撤销之诉。该项制度系2012年民事诉讼法修改中新设立的一项制度。第三人撤销之诉的直接目的是撤销他人之间已经生效的判决、裁定和调解书。问题在于,如果第三人可以另行提起诉讼获得实体权益的保障,那么第三人撤销之诉在何种程度上还有必要;如果有必要,则是否应该对其适用范围予以限制。这些问题也需要我们深入探讨予以厘清,否则必将影响第三人撤销之诉制度、再审制度、执行中案外人异议之诉制度的具体运行。这些问题的一个基本点就是既判力的相对性原则。如果不澄清此问题,其他问题将无法厘清,而且有可能愈加混乱。

既判力制度建构的缺失与我国民事诉讼的理论研究不足有密切关系。大陆法系国家关于既判力有一整套制度和理论。国内理论界虽然在一定程度上对其有所了解,但由于没有针对具体语境(程序法语境和实体法语境),因此无法结合中国现实问题,在中国法制语境之下认真加以分析和探讨,使得这些理论成为了纯粹的法律“外语”,既判力制度建构也缺乏相应的认知基础。在大陆法系国家,如德国、奥地利、日本、韩国等国,既判力相对性原则都不是问题,无论是教科书还是专著,都是一笔带过,他们的研究重点和兴趣在于既判力范围的扩张,研究的是例外情形。但我国的情形就大不相同,对于许多原则问题,我们还没有基本概念和认识。这种差异是法治阶段的差异所致。总体上我们还处于原则建构的初级阶段。本文就是要在特定的中国语境之下对既判力相对性原则进行研究,认识并解决我国民事诉讼语境下的理论和制度问题,解决立法和实务中的基本理念和原则问题。

〔7〕 既判力具有使当事人无法在后诉中再提出标准时以前存在的事实主张的后果,这种法律上的效果被称为“失权效”。理论上一般认为失权效并非既判力之外判决的其他效力,而是既判力所表现出来的效果。但有学者如德国的罗森贝克主张,失权效为与既判力并列的一种效力,其目的是为了维护法律上的安定性(见骆永家:《既判力之研究》,台湾大学法学丛书编辑委员会1989年第5版,第21页)。因为既判力具有阻断或遮断当事人在后诉中提出该事实的权利,因此又称为“阻断效”或“遮断效”。如果不予阻断或遮断将可能导致后诉的判断被后诉判断所颠覆(参见河野正宪:《民事诉讼法》,有斐阁2009年版,第582页以下)。

## 一、我国判决效力主观范围的制度和理论考察

改革开放以来，民事诉讼法制定虽已有三十余载，历经两次修改，但遗憾的是，在现行民事诉讼法中，一些基础性的诉讼制度依然缺失和存在不完善之处。判决制度就是其中之一。判决制度中缺失最严重的当属判决效力制度。在判决效力制度中既没有关于判决成立及效力、无效判决的规定，也没有确定判决既判力的规定，包括既判力客观（客体）范围、主观（主体）范围、时间范围、判决主文与既判力的关系等，都没有规定。具体到主观范围方面，关于既判力相对性原则和既判力主观范围的一般例外都没有明确规定。民事诉讼法（2012）对于确定判决（生效判决）的既判力仅有间接规定。其第124条第5项规定，对判决、裁定、调解书已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外。<sup>〔8〕</sup>这一规定赋予前诉法院之生效判决对后诉法院的约束力，即对前诉法院已经裁判的实体法律争议，当事人不得再行起诉，实际上也就规定了后诉法院不得再次审理作出裁判。这一约束力反映了既判力的间接作用。既判力的直接作用是后诉法院不得作出与前诉法院确定判决相矛盾的判决。<sup>〔9〕</sup>民事诉讼法（2012）第124条第7项则间接、个别地规定了既判力的时间范围。根据该项规定，“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”其中的“新情况、新理由”，可以理解为在前诉判决既判力标准时之后所发生的事实或主张事项，因此前诉判决对这些事实没有既判力，原告可以该事实提起诉讼，法院不能拒绝审理及作出裁判。

在最高人民法院的司法解释中也没有更多地涉及既判力的问题，仅在个别的司法解释中涉及到既判力的客观范围和生效判决的事实力。这些规定属于个别、应时的规定，缺乏系统的理论支撑。涉及既判力客观范围的司法解释，如最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号）。该解释第6条规定：当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。该条规定的实质意义在于，在生效判决的既判力客观范围方面，前诉法院已经裁判的侵权事实争议对后诉法院有约束力，基于该事实所发生的主张，当事人没有主张的部分视为当事人已经放弃。这一规定显然将精神损害事实看成同一侵权事件所发生的事实的一部分。该规定也表明最高人民法院不认同同一诉讼标的的诉讼请求可以任意拆分。在生效判决的事实力方面，最高人民法院2001年发布的

〔8〕 此处涉及裁定、调解书有无既判力的问题。就我国的情形看，民事诉讼法所规定的裁定基本不具有既判力。参见前引〔5〕，张卫平书，第415页；张卫平：《中国第三人撤销之诉制度的制度构成与适用》，《中外法学》2013年第1期，第181页。基于调解书与判决具有同等效力，因此，一般理解为调解书也具有既判力、形成力和执行力。

〔9〕 既判力的直接作用体现在两个方面，对于当事人而言，不得在后诉中提出与前诉有既判力的判断相矛盾的主张和证据申请。法院也不得在后诉中接受当事人提出的违反前诉判决判断的主张。既判力的这一作用是使当事人和法院在后诉的不作为，因此被称为“消极作用”。相反，要求后诉法院必须以具有既判力的前诉判决的判断作为前提，此为既判力的积极作用。这两个方面的作用构成了既判力的主要作用。参见高橋宏志：《重点講義民事訴訟法（上）》，有斐阁2011年版，第585页。

《关于民事诉讼证据的若干规定》认可已经生效的裁判具有相对的证明效力。其第9条第4项规定,当事人对“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实”,无须提出证据加以证明,产生免证效力。所谓相对的证明效力,是指如果对方当事人提出相反的证据足以推翻时,当事人依然要承担提出证据加以证明的责任,如果不能证明,该事实属于主要事实,且真伪不明时将承担相应的不利后果(客观证明责任)。<sup>[10]</sup>

虽然民事诉讼法和司法解释中没有使用判决的既判力这一概念,但在民事审判实务中,一些法院包括最高人民法院已经在裁判文书说理方面使用了既判力概念以及其他相关概念和法理。在再审申请人魏寿宏与被申请人青岛科尼乐机械设备有限公司、一审被告李宗林专利权权属纠纷中,原告申请再审,称原审法院判决适用法律错误,原告本诉专利权的权属纠纷,法院却认定专利权转让合同无效,超出了当事人诉讼请求的范围,违反不告不理原则。最高人民法院在再审裁定中认为:原审判决只是在判决理由部分对魏寿宏与李宗林之间的专利转让合同的效力问题作出评判,并未写入判决主文,不属于判决既判力范围(判决判断的范围),并不存在超出当事人诉讼请求的问题,并以此为由,驳回了原审原告的再审申请。<sup>[11]</sup>在湖北省鹤峰八峰民族药化工业总公司(简称“民族药业”)与湖北省八峰药化股份有限公司欠款纠纷案中,<sup>[12]</sup>最高人民法院在再审裁定中认为:该热电厂的所有权归属,已经在先前的恩施中级人民法院、湖北省高级人民法院的判决中提及,虽然那时的案件并非确权之诉,判决对所有权归属的认定不属于判决主文,没有既判力和执行力,但依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条第4款之规定,上述生效判决作出的相关认定,无需当事人再行举证、质证,即有在另案中作出司法确认的证明效力,从而对本案事实认定及处理结果将产生根本性影响。本院若维持本案的原判,势必造成两个法律文书冲突,使“民族药业”既要还钱,又失去了热电厂的所有权,显失公平,且失去救济途径。因此,最高人民法院根据前述两个判决对所有权属的认定,认可其证明了“民族药业”的抗辩,最终撤销了原判。<sup>[13]</sup>

实务中,法院关于判决效力的认识和判断主要通过“一事不再理”制度的运用得以体现。“一事不再理”作为民事诉讼的审理原则,虽然没有在民事诉讼法加以明确规定,但实际上已经成为一种惯例性制度。在最高人民法院以及地方人民法院的诸多裁判中,都涉及到“一事不再理”的适用。在适用该制度时,通常以民事诉讼法关于“就已经生效裁判裁决的案件,法院不得受理”的规定作为根据。判断是否违反“一事不再理”的标准通常是,

[10] 这一效力不同于既判力,属于事实上的效力。判决的既判力、形成力和执行力属于判决本身所拥有的、法律上的效力。前诉法院判决中对事实的认定,仅具有事实上的证明效力,对后诉法院的审理没有约束力,虽然对后诉法院认定事实有实际影响。前诉法院作出的事实认定是在前诉的诉讼环境中形成的,与当事人的事实主张方式、相应的证明方法和证据、对方当事人的反驳方式、方法有很大的关系。

[11] [http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgrmfy/zscq/201403/t20140320\\_566195.htm](http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgrmfy/zscq/201403/t20140320_566195.htm), 2013年4月28日登录。

[12] 民族药业与八峰药业在长期的经济来往中,前者欠后者5000万余元的债务。八峰药业起诉民族药业,要求还债。民族药业抗辩说,这5000万中的绝大部分都是八峰药业借款给民族药业修建热电厂的钱,而热电厂已经转让给了八峰药业,目前归八峰药业所有,转让对价即为民族药业欠下的债务,多退少补。原审法院认为热电厂的纠纷与本案欠款纠纷是两个法律关系,判决民族药业还债。民族药业上诉。

[13] [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=119212460&keyword=%E6%97%A2%E5%88%A4%E5%8A%9B&EncodingName=&Search\\_Mode=accurate](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=119212460&keyword=%E6%97%A2%E5%88%A4%E5%8A%9B&EncodingName=&Search_Mode=accurate), 2013年4月28日最后访问。

前后两案是否基于同一事实、同一法律关系和同一请求。<sup>[14]</sup>关于判决效力的客观范围也在实践中逐步清晰起来，一般情形下大致能够作出合理的界定。

在既判力的主观范围方面，最高人民法院的司法解释几乎没有作为。这与判决不直接涉及实体权利义务的实现和履行有关。但在执行阶段就不一样，因为执行直接涉及权利义务的实现和履行，因此在关于执行的司法解释中法院特别关注执行力主观范围的扩张问题，即对执行名义中确定的被执行人之外的第三人的扩张执行问题。通常而言，受既判力扩张影响的义务主体往往就是被执行的义务主体，但执行力的扩张并不以既判力扩张为前提。既判力主观范围的扩张和执行力主观范围的扩张是不同层面的问题，执行力的主观范围有可能比既判力的主观范围更广。但是，如果承认执行力对一般继受人的扩张，也必然承认既判力对一般承继人的扩张。因为在执行根据为法院的判决时，执行力扩张与既判力扩张的根据是相同的，均是实体上的承继关系。<sup>[15]</sup>只有在执行力扩张时既判力也随之扩张，受执行力支配的主体才不可能对作为执行根据的给付判决再行争议。

判决理论方面，在改革开放初期，我国大陆的判决效力理论基本不涉及判决效力的主观范围，也没有引入既判力概念和理论。分析我国的民事判决理论可以发现，我们所提供的理论是一个模糊、简陋的观点的集合。有关判决的许多问题是无法通过现有的理论加以解决或寻求到答案的。而且这些观点之间的逻辑关系也不是十分清晰。在判决的排他性方面也没有说明应当在哪一个主体范围内发生其作用，原则是什么，是否仅限于诉讼当事人之间，如果存在效力扩张，一般情形及根据是什么。

20世纪90年代初期，国内已有学者开始陆续介绍大陆法系国家如德国、日本的判决效力理论，主要是既判力学说。<sup>[16]</sup>20世纪90年代中期，有学者在教科书中引入既判力概念，将既判力作为判决的效力之一。<sup>[17]</sup>由于民事诉讼立法的体制原因，导致民事诉讼立法与民事诉讼理论相隔离，不能吸收最新的研究成果。尽管既判力概念引入我国大陆已经有十几年，却一直未能将其制度化。更重要的原因在于我国粗放型的民事诉讼和审判，诉讼的泛调解化导致精致、规范的既判力制度和理论一直没有市场。实践中出现的各种复杂的判决效力问题，总是以简单化的方式凭感觉加以处理。民事诉讼的泛调解化、强化调解的司法政策以及法官的责任风险为这种简单化提供了基本条件。也正是这种粗放型民事诉讼和民事诉讼的泛调解化，使得学术界无法结合民事诉讼的实践对既判力理论进行深入研究，对既判力的研究仅仅是一种对国外或境外理论的介绍，形成一种典型的“磁悬浮”状态。<sup>[18]</sup>随着民事诉讼法的修改、新诉讼制度的实施以及近来司法政策的积极转向或回归，民事诉

[14] 参见最高人民法院“泰富国际工程有限公司与四川省富邦钎钨制动鼓有限公司承揽合同纠纷案二审民事裁定书”，(2013)民一终字第199号。

[15] 参见吉村德重：《民事判决效力的理论》，信山社2010年版，第94页以下。

[16] 参见张卫平：《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论》，成都出版社1992年版，第387页；叶自强：《既判力》，《法学研究》1995年第5期，第25页以下。但当时的理论介绍并没有涉及到既判力相对性原则及其理论根据，重点是客观范围、主观范围和时间范围尤其是对三个维度的例外情形一般论述。叶自强关于既判力的文章则主要在于介绍大陆法系国家民事诉讼学界关于既判力性质的争论。

[17] 参见刘家兴主编：《民事诉讼法学教程》，北京大学出版社1994年版，第274页以下。

[18] 应当注意的是，这种“磁悬浮”并不是因为既判力理论的纯学术性或虚悬繁复使得该理论无指导实践的价值，而是因为我国的司法运作方式、理念、法官体制等原因所导致的拒斥。

讼的精细化、程序正当化、权利的程序保障再次成为民事诉讼法发展的态势，与判决效力相关的问题也必然成为实务和理论的关注焦点，既判力主观范围相对性原则也就必然成为判决效力的核心问题。

## 二、既判力相对性原则的含义与根据

按照既判力理论，终局判决一旦获得确定，该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范，当双方当事人对同一事项（请求或被请求的事项）再度发生争执时，将不允许当事人提出与该判断相矛盾的主张，而且当事人也不能对该判断进行争议，法院也不能作出与此相矛盾或抵触的判断。<sup>[19]</sup>这种对双方当事人以及对法院所具有的约束力就是所谓的既判力。既判力存在的根据在于保障审判制度能够有效地发挥解决纠纷的作用。没有既判力，法院对争议纠纷所作出的确定判决将会被推翻，纠纷将无休止地争议下去无法得到最终解决。除此之外，由于民事诉讼程序各种具体的制度安排给予和保障了当事人双方对争议事项进行辩论的权利和机会（当事人如何把握这种诉讼地位和机会，如何行使诉讼权利是当事人的自由），在给予当事人双方充分的程序保障的情形下，当事人也应当对其诉讼结果承担自我责任。由此，既判力作为一种国家强制力也就具有了正当化根据。<sup>[20]</sup>

正是由于确定判决是对诉讼双方当事人之间的争议作出的终局性判断，而且这种判断是在给予当事人双方充分的程序保障，给予当事人双方行使诉讼权利的自由的情形下作出的，因此对该当事人双方有约束力，当事人不得对该争议事项再行提起诉讼要求法院作出判断；另一方面即使法院受理也不得作出与前诉法院对该事项判断相矛盾的判断。这种仅对当事人双方具有的约束力就是所谓既判力的相对性。既判力原则上只在当事人之间发生，符合既判力作为诉讼法制度设置的本质要求。<sup>[21]</sup>当然，在某些情形下，既判力的相对性原则也存在例外的可能，即判决的实质确定力也可能对当事人之外的主体发生约束力。

根据既判力相对性原则，既判力原则上只对该诉讼的当事人双方有约束力，从另一方面讲，也就意味着如果不是该诉讼的当事人，就不受该判决中判断的约束。如果当事人之外的第三人就该诉讼（前诉）争议的事项与他人也包括该诉讼的原告或被告发生争议，可以向法院提起诉讼要求其对该争议事项作出判断，对此，法院不能拒绝作出裁判或判断。因为这一诉讼（后诉）的事项是不同主体之间的争议，是法院没有判断过的，该提起后诉的当事人也没有参加前诉的诉讼程序，没有行使诉讼权利，没有给予程序上的保障，因此，前诉的判断就不能对后诉的原告（前诉当事人之外的第三人）有约束力。例如，前诉原告与被告之间就特定的财产如房产的所有权发生了争议，原告起诉到法院要求确认该争议房产的所有权，经过诉讼，法院作出该房产属于原告的确权终局判决。判决确定后，该诉讼的原告和被告便不得就该房产的所有权再行提起诉讼予以争议。如果提起诉讼，法院将予

[19] [日] 高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第477页；前引[9]，高桥宏志书，第585页。

[20] [日] 新堂幸司：《民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第474页。

[21] [德] 罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔特：《德国民事诉讼法》下册，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1174页。

以驳回（既可以一事不再理作为根据，也可以以既判力作为根据<sup>[22]</sup>）。但如果该诉的原告、被告之外的案外人其后对该房产与原告发生争执，案外人认为该房产实际不属于原告所有，应当属于案外人自己，则该案外人因为不受原告、被告之间诉讼的确定判决的约束，可以另行提起诉讼要求法院作出确认判断，对此，法院不能拒绝受理，也不得拒绝作出判断。后诉法院由于不受前诉法院判断的约束，可以作出认可后诉原告拥有该房产的判断。

既判力原则上仅针对本诉讼当事人，只对当事人具有约束力。但该当事人究竟应当是形式上的当事人，还是实质上的当事人，是一个学界争议的问题。在民事诉讼法实践和理论上存在着形式上当事人与实质上当事人之分。所谓形式上的当事人，是指与作为诉讼标的的实体权利义务或实体法律关系没有直接关联，但以自己名义起诉或被诉的主体。<sup>[23]</sup>相应地，作为诉讼标的的实体权利义务的主体或与实体法律关系有直接关联的主体，就是实质上的当事人，也称“正当当事人”。<sup>[24]</sup>形式上的当事人是纯粹诉讼法的概念，其意义在于确定案件的管辖法院和诉讼系属，对于实体争议的解决没有意义，因此在形式上的当事人起诉或被诉之后，法院需要审查、确定实质上的当事人。如果形式上的当事人与实质上的当事人不一致，则需要予以更换。在大陆法系国家，实质上当事人不是起诉的条件，而是诉讼要件（作出实体判决的要件）之一。如果诉讼不具备这一要件，法院将以诉讼判决驳回诉，而非驳回起诉。<sup>[25]</sup>因为存在着形式上当事人与实质上当事人的差异，所以也就产生了既判力是作用于形式上的当事人还是实质上当事人的问题。在大陆法系如日本，理论上通常认为，因为当事人是以自己的名义要求法院作出裁判，本案判决就应当针对该名义上的当事人，<sup>[26]</sup>在这个意义上，当事人是诉讼法律关系意义上的，不同于实体法上的权利归属主体。民事诉讼法上既判力相对性原则所指的当事人也应当是形式上的当事人。<sup>[27]</sup>在德国民事诉讼法理论上，主流的观点也认为该当事人应当是形式上的当事人。<sup>[28]</sup>正是基于既判力针对形式上的当事人，因此，本案判决对于诉讼当事人的法定代理人、诉讼代理人、辅助型第三人<sup>[29]</sup>等都没有既判力。上世纪80年代，始有学者对既判力作用于形式上的当

[22] 一事不再理的制度根据有两个，即既判力制度和禁止重复诉讼制度（或称禁止再诉制度）。因既判力发生的一事不再理要求判决已经确定。更为宽泛的制度根据是禁止重复诉讼制度，只要前诉已经系属，后诉如果是同一诉讼标的或诉讼请求，则后诉不得提起或受理。这一制度主要防止作出与前诉矛盾或抵触的判断，以及避免浪费司法资源。我国民事诉讼法中没有关于禁止重复诉讼的规定，这不能不说是一大缺陷。

[23] 参见伊藤真：《民事诉讼法》（第三版），有斐阁2004年版，第81页。

[24] 同上书，第82页。

[25] 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4页，第5页；前引[21]，罗森贝格等书，第286页，第676页。根据我国民事诉讼法的规定，作为起诉条件要求原告为实质上的当事人，被告可以是形式上的当事人。因此原告如果与本案争议法律关系没有直接关联的，法院将不予受理或驳回起诉。虽然民事诉讼法没有在起诉条件中规定被告必须是实质上的被告，但在起诉审查阶段或受理之后发现被告不是实质上的当事人时，通常也是驳回起诉。

[26] 当事人的确定，在国外存在若干学说，主要有意思说（根据原告的意思确定当事人）、行动说（在诉讼中具体实施当事人诉讼行为的人是当事人）、表示说（诉状中表示的当事人为当事人）、适格说（具有当事人资格的是当事人，即实体权利义务关系争议的主体）、并用说和纠纷主体特定责任说（根据具体的行为责任确定当事人）。通说为表示说。详见纳谷广美：《当事人之确定与变更》，新堂幸司、小岛武司主编：《注释民事诉讼法（1）裁判所、当事人》，有斐阁1991年版，第397页。

[27] 兼子一：《民事诉讼法体系》，酒井书店1966年版，第344页；上引纳谷广美文，第394页。

[28] Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7. Aufl., S. 727; 前引[21]，罗森贝格等书，第245页。

[29] 在我国民事诉讼中，无独立请求权第三人实际上存在两种类型，即辅助型第三人和被告型第三人。辅助型第三人不是当事人，因此判决对其没有既判力。被告型第三人在我国民事诉讼中是当事人，因此对其有既判力。

事人的观点提出有力质疑,认为民事诉讼法上既判力相对性所指的当事人应当是实质上的当事人,但至今仍未成为通说。<sup>[30]</sup>

也正是因为既判力所及的当事人是形式上的当事人,所以在“冒名诉讼”中,判决对该被冒名的当事人也具有既判力。所谓“冒名诉讼”,是指他人冒用原告的名义向对方当事人提起诉讼,以从该诉讼中获取不当利益。此类诉讼可以归入广义的虚假诉讼之中。但与狭义的虚假诉讼不同,诉讼行为并非名义上起诉人的实际行为,而是他人的行为。按照“表示说”的理论,虽然被冒名的人并不是实际实施诉讼行为的人,但在名义上还是当事人,因此冒名诉讼的判决对该被冒名的人依然具有既判力。对此,被冒名人可以通过上诉和再审获得救济。

如果当事人在诉讼系属中死亡,法院没有进行相应的当事人承继处理(如由继承其实体权利义务的继承人承担原当事人的诉讼权利义务,即当事人更替),仍然以已经死亡的人作为当事人并作出判决,依“表示说”的立场,应尊重确定判决形式上的拘束力,尽管该当事人已经死亡,依然还是当事人。只是由于该当事人已经死亡,该判决书上的名义人已经不存在,该判决属于无效判决。如果继承人认为该判决实际上侵犯自己合法权益的,同样可以通过提起再审获得救济。<sup>[31]</sup>

既判力相对性针对的本案当事人,包括必要共同诉讼的当事人。必要共同诉讼要求共同诉讼人之间与本案争议的诉讼标的有着共同的权利义务关系。在我国民事诉讼中,存在两类必要共同诉讼,即固有的必要共同诉讼和类似必要共同诉讼。<sup>[32]</sup>固有的必要共同诉讼要求共同诉讼人一同起诉、一同应诉,法院须对诉讼标的作出合一裁判。类似必要共同诉讼,是指数人对作为诉讼标的的法律关系,虽然不要求必须一同起诉或应诉,当事人有选择一同起诉或应诉还是分别起诉或应诉的权利,但一旦选择共同诉讼,则必须对共同诉讼人的诉讼标的合一确定。<sup>[33]</sup>无论是固有的必要共同诉讼还是类似的必要共同诉讼,判决对于共同诉讼的当事人都有既判力。如果就实体法律关系而言可以提起类似的必要共同诉讼,但原告选择个别诉讼,该判决的效力也将扩张至其他利害关系人,如部分股东提起的确认股东大会无效的诉讼,关于此诉的判决对没有参加诉讼的其他股东也有约束力。

与必要共同诉讼的情形不同,普通共同诉讼因为共同诉讼人之间的诉讼标的不是共同的,而仅是同种类的,普通共同诉讼只是若干诉的合并。对于合并之各诉,当事人均可以分别起诉和应诉。在普通共同诉讼中,普通共同诉讼人实施的诉讼行为无需征得他人同意,共同诉讼人一人的行为对其他共同诉讼人没有影响。合并审理之后,法院也分别作出裁判。因此法院对普通共同诉讼中合并的各诉所作出的判决仅对该诉的当事人产生既判力,对其

[30] 上田徹一郎:《判決の効力の範囲——範囲の決定の構造と構成》,有斐閣1985年版,第1頁,第2頁。上田教授认为,日本民事诉讼法所规定的判决既判力扩张至当事人的承继人,而这种承继当然是实体权利的承继,是适格当事人的承继,也就是实体利益的归属者。既然是实体利益的归属者,当然就是指实质上的当事人,而非形式上的当事人(详见第136页)。

[31] 无效判决,是指某些判决虽然具有判决的形式,是法官通过程序作出的,但却缺乏判决有效的实质根据,例如,对实际并不存在的当事人作出的判决、对非正当当事人作出的判决、对享有司法豁免权的人作出的判决等。由于无效判决依然具有判决的形式,有判决形式上的效力,因此,利害关系人认为有必要的,可以通过申请再审撤销该判决。参见前引[20],新堂幸司书,第470页;前引[26],纳谷广美文,第399页。

[32] 前引[5],张卫平书,第131页。

[33] 同上书,第128页以下;前引[3],川岛四郎书,第804页。

他人没有既判力。

我国民事诉讼法明确规定了有独立请求权第三人和无独立请求权第三人两大类第三人制度，应当根据两类不同第三人的具体情形认识和理解既判力相对性。有独立请求权的第三人通过提起第三人之诉参加了他人之间的诉讼，法院实际上是在同一诉讼程序中基于第三人之诉与本诉的牵连，将他人之间的本诉与第三人之诉进行了合并审理。由于有独立请求权第三人的独立请求与原告的请求是对立的（第三人的独立请求通常是基于对本诉争议标的物的物权请求权），因此，本诉请求和第三人之诉请求不能两立。由于是两个诉，从诉的原理来讲，法院应当分别作出裁判，而非合一裁判（在同一个裁判文书中也不影响分别裁判的表达）。对本诉的判决除了在原告与被告之间发生既判力之外，基于本诉与第三人独立请求之诉的牵连性和矛盾性，该判决对有独立请求权第三人也有既判力。第三人不得再行提起诉讼对本诉诉讼标的涉及的权利事项予以争议。由于第三人之诉的请求对方是本诉的原告和被告，本诉的原告和被告是第三人之诉的被告，因此判决效力无需扩张直接发生在第三人之诉当事人之间。本诉的原告、被告亦将受到第三人之诉的判决既判力的拘束。

我国民事诉讼法规定法院可以依职权通知无独立请求权第三人参加诉讼，并且可以判决无独立请求权第三人承担民事责任，并因此规定该第三人也享有部分当事人的权利，如上诉的权利。这类无独立请求权第三人就是所谓被告型第三人。上诉后，这类无独立请求权第三人在上诉审程序中将全面行使当事人的诉讼权利，所以该无独立请求权第三人也要受到该确定判决既判力的约束。<sup>[34]</sup> 需要探讨的问题是，判决第三人承担责任的判决对于该诉讼的被告是否有既判力。由于该诉讼的被告是该诉讼形式上的当事人，因此，本诉的判决对被告仍然具有既判力。尽管本诉的被告已经不再承担民事责任，与原告的诉讼请求没有关系，并非实际上的当事人，但如果原告与被告型第三人之间的判决对被告没有既判力，则可能发生被告在以后的诉讼中提起与该裁决事项矛盾的主张的情形。

根据既判力相对性原则，既判力仅在诉讼当事人之间产生，这一原则不仅有助于纠纷的终局解决，保障法律关系的稳定，同时能够为没有参加诉讼的案外第三人的民事权益提供程序保障，防止他人通过诉讼侵害案外第三人的民事权益。因为案外第三人不受他人诉讼的判决既判力的拘束，他人之间的诉讼结果如果有损案外第三人的合法权益，该第三人可以寻求诉讼救济。对此，人们最大的疑问是，当案外第三人提起的诉讼涉及到已经判决案件的诉讼标的物时，是否可能导致不同裁判的相互矛盾？例如，法院对某物 A 的所有权作出确认，承认了原告的诉讼请求，或承认了原告关于要求被告交付某物 A 的请求。在此场合，如果案外第三人要求法院确认其对该物 A 拥有所有权，或要求法院判令原告交付该物 A，这是否就与前诉法院的判决矛盾呢？实际上，因为前诉判决是根据前诉当事人的主张和事实，是依据当事人双方在前诉中对主张和事实辩论的结果作出的判决，在后诉中案外第三人提出了支持自己主张的事实和法律依据，法院根据当事人双方主张的事实和法律，认可案外第三人的诉讼请求，是完全可以理解的，不存在矛盾的问题。又因为前诉判决仅对该诉讼的原告和被告有拘束力，因此，后诉被告（前诉原告）不可以用前诉判决对抗后诉判决。基于确

[34] 但是，无独立请求权第三人在一审中的当事人权利是不完全和不充分的，因此让该第三人接受确定判决既判力的约束，其程序正当性并不充分。无独立请求权第三人制度有值得修正之处。

定判决的执行力,若后诉被告不自动履行义务,后诉原告向法院申请强制执行时,后诉被告也不能以前诉判决予以对抗。一些人仅仅看到两个判决对所有权的确认不同,没有看到两个判决是在不同诉讼程序、不同的当事人之间依据不同的事实作出,并对不同的主体有拘束力,误以为前后裁判有矛盾。如果澄清这种误解,既判力相对性原则也就能够理解了。

在司法实践中,人们比较纠结的是,由于他人之间的判决依然存在,可能发生他人根据该判决申请执行、启动执行程序的问题。在此种情形下,一旦该判决为错误判决,如果没有第三人撤销之诉,案外第三人该如何寻求权利救济?对于这一问题,完全可以通过民事诉讼法(2012)第227条所设置的救济途径予以救济。根据该条规定,案外人可以对执行标的提出异议。如果异议被驳回,有两种途径予以救济:其一,执行标的错误与原判决、裁定有关的,可以通过再审程序予以救济。其二,执行标的错误与原判决、裁定无关的,可以通过提起案外人异议之诉加以解决。但是,现行法又设置了第三人撤销之诉,这反而会引发第三人撤销之诉与执行中案外人再审之诉的竞合与整合问题。<sup>[35]</sup>

### 三、既判力相对性原则的例外与既判力主观范围的扩张

判决的既判力原则上仅对本案当事人发生作用,对本案当事人以外的第三人不发生作用。但在某些情形下,法律上和法理上允许和承认判决的既判力突破这一原则性限制,对本案当事人之外的第三人发生作用,这就是既判力相对性原则的例外,在既判力理论上称为“既判力主观范围的扩张”。当既判力发生扩张的情形下,即使不是本案当事人,也要受到本案确定判决既判力的拘束,该第三人也不得就已经确定判决的裁判事项通过诉讼予以争议,即使提起诉讼,后诉法院也不得作出与前诉判断相矛盾的判断。

#### (一) 对特定第三人的既判力扩张

##### 1. 诉讼的承继人

诉讼系属后,<sup>[36]</sup>因当事人死亡等原因,当事人的实体权利义务移转给了诉讼当事人以外的其他人,该实体权利义务的承担者便承担了当事人的实体地位。承担当事人实体地位的人在德、日称为承继人(也称“继受人”)。日本民事诉讼法规定,本案判决对口头辩论终结后的承继人有既判力,德国民事诉讼法则规定,本案判决对诉讼系属后(准确地讲应当是诉讼系属终结之后)的承继人有既判力。<sup>[37]</sup>两者在时间的划定上稍有不同。日本民事诉讼法之所以限于口头辩论终结后的承继人,是因为判决是确定口头辩论终结时的法的状态(也就是口头辩论终结时当事人双方权利义务的状态),而在这以前,关于诉讼标的归属

[35] 参见张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,《法律科学》2014年第6期,第140页;任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销之诉》,《中国法学》2014年第6期,第247页。

[36] 诉讼系属是大陆法系国家和地区民事诉讼法上的一个十分重要的概念,是指诉讼开始之后、未决之前的状态。我国民事诉讼法中没有这一概念。在我国民事诉讼实务中,类似的说法是“诉讼中”。显然,诉讼中的说法比较容易造成含混,也与诉讼系属的含义存在差异。例如,一审判决成立,即属于诉讼系属终结或诉讼系属后。但在判决确定之前,我们依然会使用“诉讼中”这一说法或概念,相对的说法或概念是“诉讼结束”,诉讼结束通常是指判决已经确定。因此,我国民事诉讼法亦应采用诉讼系属的概念,否则有诸多与诉讼系属概念相联系的状态、概念难以表述和说明。

[37] 前引[21],罗森贝克等书,第1176页。

的变更，存在着诉讼的当然承继、承继参加以及承担申请的制度，也就有可能发生诉讼地位的承担，这些人不是既判力扩张的承继人。德国民事诉讼法把时间的界定点往后移了一些，规定的诉讼系属后的时间点为判决发生形式既判力之时，<sup>[38]</sup>也就是判决成立之时，意即只有判决后承担当事人权利义务地位的人才能受既判力的扩张。

德、日法理认为，这里的承继人应理解为是广义上承担作为诉讼标的的权利或法律关系的主体地位的人，而不问这些承继人是基于何种原因而承继其权利主体地位的，即不问是通过继承还是通过转让、时效取得、设定抵押权等方式承继权利主体之地位。

就既判力而言，如果承继人不受判决既判力的拘束，可以在后诉中争执前诉之诉讼标的，则前诉将毫无意义，因为败诉的当事人可以向第三人处分作为前诉诉讼标的的法律关系，从而避免败诉的实际后果。<sup>[39]</sup>既判力对承继人的扩张，意味着胜诉原告的承继人具有胜诉原告的实体权利，败诉被告的承继人依然应承担败诉被告的义务。既判力对承继人的扩张，其目的在于维持纠纷解决的实效性。<sup>[40]</sup>

承继人依其承继的原因不同，在大陆法系民法理论中可分为一般承继人和特定承继人两种。一般承继人是自然人当事人死亡、法人当事人消灭时，承担当事人权利义务的人。应当注意，这里所指的一般承继人与我国民事诉讼理论中所指的诉讼承担人是两个完全不同的概念。诉讼系属后的承继人是指判决确定后承担权利义务的人。我国民事诉讼法理论中的诉讼承担人是在诉讼过程中（相当诉讼系属中）承担原当事人权利义务的人，而不是指诉讼结束后承担其权利主体地位的人。诉讼系属后，是指诉讼结束后或确定判决后。诉讼系属后的承继人当然不是当事人，而诉讼承担人却是当事人。

特定的承继人是指依法律行为或法律规定的原因，在判决确定后承担当事人权利义务的主体。特定承继包括两种情形：其一，基于债权让与或债务承担所发生的特定承继。其二，不是依当事人自由处分，而是基于国家强制处分所发生的特定承继。就承继的对象而言，包括三种情形：一是对于作为诉讼标的的权利义务关系的承继，二是对于诉讼标的的争执物（诉讼标的物）的承继，三是诉讼标的的外的承继。例如，原告以土地租赁合同届满为由，提起要求收回其土地上的建筑物的诉讼，从败诉被告处取得该建筑物所有权或租借该建筑物的人就属于诉讼标的的之外的承继人。<sup>[41]</sup>一般认为，诉讼标的是指实体法上的权利或法律关系，既判力涉及的特定承继人应当因实体权利或法律关系的不同而有所不同。例如单纯接受诉讼标的物的人，如果没有承担作为诉讼标的的权利义务关系，就不是特定的承继人。但是，按照新诉讼标的理论，在返还诉讼中，基于债权的返还请求权与基于物权的返还请求权是同一请求权，即使是标的物的单纯占有的承继人，也受到判决的既判力的约束。

## 2. 诉讼担当时的利益归属人

适格的当事人原则上要求为作为诉讼标的的权利义务关系的主体，但有的情形却为例外，即虽然不是作为诉讼标的的权利义务关系的主体，却是实际实施诉讼行为的人。这就是所谓“诉讼担当”。诉讼担当分为法定诉讼担当和任意诉讼担当。法定诉讼担当，是指基

[38] 同上书，第716页。在德国，和解和诉讼撤回也将导致诉讼系属终结。

[39] 参见前引[20]，新堂幸司书，第486页。

[40] 参见前引[19]，高桥宏志书，第563页。

[41] 前引[3]，川岛四郎书，第709页。

于法律的规定,认可权利义务关系主体之外的第三人对他人的权利关系行使诉讼实施权的情形。例如,代位债权人、债权质权人、股东代表诉讼中的股东、破产管理人(破产清算组)等。任意诉讼担当,是指基于权利关系主体授权,第三人获得诉讼实施权,从而成为适格当事人的情形,<sup>[42]</sup>例如日本民事诉讼中的选定当事人,我国民事诉讼中的诉讼代理人。日本的选定当事人和我国的诉讼代理人虽然在作用上相当于诉讼代理,但性质上却不同于诉讼代理人,选定当事人和诉讼代理人本人也是当事人。在诉讼担当的情形,本案判决的既判力扩及被担当人,即诉讼担当时的利益归属人。

### 3. 诉讼请求标的物的持有人

如果诉讼请求标的物的持有人对该特定物的持有没有自己的固有利益,而是为该诉讼的当事人或其承继人的利益而持有(例如受托人或同居人等),则该特定物的持有人也要受到判决既判力的约束。因为在交付请求(无论基于物权还是债权)相关的限度内,持有人视为当事人,既判力自然及于该持有人。

### 4. 退出诉讼的人

大陆法系国家民事诉讼法还规定了诉讼退出制度(也称“诉讼脱退制度”),即独立参加人参加诉讼或发生权利承继之后,原来的当事人退出该诉讼。退出诉讼的原当事人称为脱离诉讼的人。退出诉讼发生在参加人或权利承继人参加诉讼并主张权利,原来的原告或被告认为没有必要继续进行诉讼从而退出诉讼的情形(诉讼程序上,当事人要退出诉讼必须征得对方当事人的同意)。例如,诉讼系属中,原告将作为诉讼标的的债权转让给了受让人,受让人作为权利承继人参加诉讼,原告如果认为没有必要参加诉讼,便可以退出诉讼。在退出诉讼的场合,法院对参加人与当事人之间作出的判决,对已经退出的当事人发生既判力。如果没有既判力的约束,已经退出诉讼的当事人可能在后诉中提出在前诉中已经提出的主张,导致矛盾判决的可能。<sup>[43]</sup>

我国民事诉讼法没有明确规定诉讼退出制度。在有独立请求权第三人参加诉讼时,如果该第三人的请求是针对被告的,法院有可能采取更换原告的做法,将第三人作为原告,这时有独立请求权的第三人实际已经不再是第三人而是原告,本诉请求的原告实际退出了诉讼。法院也可能就原告请求和第三人的请求分别或合一作出判决,此种场合,本诉原告并没有退出诉讼。

对于原告转让作为诉讼标的的债权的情形,通常情形下原告会主动要求退出诉讼,请求法院让实际受让人作为原告进行诉讼。如果受让人同意参加诉讼,则原告变更成功,原来的原告退出诉讼。实务中法院一般不会考虑原告更替后判决对于原来原告的约束力问题。我国诉讼实践中是否存在着原当事人就本案判决约束力发生争议的情形,不得而知。

#### (二) 对一般第三人的既判力扩张

这种情形下既判力扩张的主要特点是,受既判力约束的第三人不限于针对具体情形的、特定的第三人,而是限于某些类型诉讼的第三人,例如涉及身份关系的诉讼(人事诉讼或

[42] 参见前引[23],伊藤真书,第151页。

[43] 参见前引[20],新堂幸司书,第490页。

称家事诉讼<sup>[44]</sup>）和团体法律关系的诉讼（如公司诉讼）。大陆法系诸国的法律中对此均有明确规定。<sup>[45]</sup> 因为是针对某些诉讼类型的一般第三人，因此这种情形的既判力扩张也称为“判决效力的对世效”。<sup>[46]</sup> 这种情形下既判力的扩张是为了实现法律关系（身份关系和团体法律关系）的统一处理。<sup>[47]</sup> 为了保障第三人的正当权益，法律上均设置了相应的程序保障。

### 1. 家事（人事）法律关系诉讼的既判力扩张

与一般的民事诉讼不同，关于家事（人事）诉讼的确定判决原则上具有对世效，而一般民事诉讼的判决效力原则上是相对的。<sup>[48]</sup> 当然，在特殊情形下，某些家事（人事）诉讼案件的判决也不具有对世效，属于家事（人事）诉讼对世效原则的例外。<sup>[49]</sup> 在家事（人事）法律关系的诉讼中，婚姻案件、收养关系案件和亲子关系案件的诉讼，无论是认可请求还是驳回请求的判决，对第三人都具有既判力。这些诉讼在请求类型上大多是形成诉讼，因此，过去也有学者认为，第三人受他人判决的约束，并非是基于既判力，而是基于形成力。<sup>[50]</sup> 一旦形成原因成立，对于原有法律关系消灭或变更的判决，所有人都必须予以承认。不过，就具有当事人资格的第三人不得在后诉中提出与前诉判决判断相矛盾的主张这一点而言，存在着既判力的扩张或对世效。<sup>[51]</sup> 将该第三人的范围限于具有当事人资格的第三人，其意义在于，只有具有当事人资格，才有可能成为后诉的当事人，也才可能发生前诉对后诉的既判力问题。通过将适格的当事人限定在“能够对纠纷进行最认真且彻底争执的人”，提高了判决的实质正当性。<sup>[52]</sup> 在婚姻诉讼中，对于婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、确认婚姻成立或不成立之诉，第三人都可以作为适格的当事人。但对于离婚之诉、夫妻同居之诉，第三人则无当事人资格，也就不可能发生对第三人的既判力扩张的问题。收养关系

[44] 因为不同于一般针对财产权益的民事诉讼，针对的是“人事”和“家事”，大陆法系国家将此类诉讼称为“人事诉讼”或“家事诉讼”。根据大陆法系国家民事诉讼的理念，关于财产关系的诉讼采用形式真实主义、当事人主义、辩论主义、处分权主义、既判力相对性原则等诉讼原则和法理，而家事（人事）诉讼涉及身份关系（婚姻、血统），不容当事人自由处分，因而采实体真实、职权主义、职权探知主义、判决对世效原则、重调解（和解）等诉讼原则和法理。参见陈爱武：《人事诉讼程序研究》，法律出版社2008年版，第2页，第8页；张晓茹：《家事裁判制度研究》，中国法制出版社2011年版，第7页，第23页，第130页；松本博之：《人事诉讼法》，弘文堂2006年版，第16页。

[45] 日本人事诉讼法第24条规定，就婚姻无效或撤销、离婚或其撤销之诉作出的判决，对第三人亦发生效力。德国人事诉讼法第640条之8规定，判决在当事人生存时确定的，该判决为一切人并对一切人均生效力。法国民法典第311条第9项规定，亲子关系的判决得以对抗当事人以外的第三人。

[46] 参见伊藤真：《既判力の主観範囲》，铃木正裕、青山善充主编：《注积民事訴訟法（4）裁判》，有斐阁1997年版，第440页。

[47] 参见前引〔20〕，新堂幸司书，第490页；〔日〕谷口安平：《既判力扩张与当事人适格》，载其著《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第212页。

[48] 前引〔44〕，松本博之书，第232页。

[49] 例如，根据日本民法第723条的规定，以重婚为由提起的取消婚姻关系的诉讼请求被判决驳回的，该驳回请求的判决没有对世效，仅在前婚姻关系的配偶（丈夫或妻子）参加诉讼的情形，才发生对其人的判决效力的扩张。前引〔44〕，松本博之书，第235页。

[50] 所谓判决的形成力，是指形成判决所具有的使原有法律关系消灭或变更的效力。参见前引〔5〕，张卫平书，第398页。

[51] 吉村德重、牧山市治编：《注解人事程序法（改订）》，青林书院1993年版，第273页。

[52] 前引〔9〕，高橋宏志书，第303页。

诉讼、亲子关系诉讼之判决既判力的扩张同样存在对第三人的当事人适格要求。<sup>[53]</sup>

在大陆法系国家,家事诉讼判决的既判力扩张的正当性在于,家事诉讼适用职权探知主义,而非辩论主义。这种方式因为法院的职权干预,限制了当事人的自由处分,因而有利于对第三人权益的保障。<sup>[54]</sup>并且,受既判力约束的第三人在诉讼中可以作为“共同诉讼辅助参加”<sup>[55]</sup>或“独立当事人参加”亲自参与诉讼。即使判决已经确定,法律上也给予适格当事人独立提起再审之诉或者作为法律上有利害关系的第三人以辅助参加人身份提起再审之诉的机会。<sup>[56]</sup>

## 2. 团体法律关系诉讼中的既判力扩张

为了使团体如公司能够顺畅运营,对于作为争议对象的法律关系和关于法律上地位、内容的争议能够在多数主体之间得到统一确定和处理,是非常必要的。同时,也为了彻底解决因此产生的基于派生性权利义务发生的纠纷,有必要在多数团体法律关系诉讼中规定既判力扩张。<sup>[57]</sup>例如,公司合并无效、公司设立无效、取消公司设立、取消公司股东大会决议、不存在股东大会决议、股东大会无效、公司减资无效的诉讼等,其判决的既判力都需要予以扩张。

与家事法律关系诉讼的判决不同,无论公司诉讼的上述哪种情形,只有认可诉讼请求的判决才具有既判力的扩张性,而驳回请求的判决则不发生既判力的扩张效果。这既是因为判决驳回请求说明该请求与团体法律关系没有关联,也是出于对团体法律关系其他主体诉权的尊重。<sup>[58]</sup>与家事法律关系诉讼的情形相同,团体法律关系诉讼判决既判力的扩张也同样要求有相应的程序保障,否则,其既判力的扩张不具有正当性。有学者认为,要承认认可请求的判决具有既判力的扩张性,还需要有对起诉期间的限制性规定加以补强。<sup>[59]</sup>

## 四、既判力相对性与第三人撤销之诉制度

2012年修改后的民事诉讼法第56条第3款规定了第三人撤销之诉。概括地讲,所谓第三人撤销之诉,是指案外第三人申请撤销他人之间已经生效的、错误的判决、裁定和调解书,以维护自己民事权益的制度。这一制度的设立是2012年民事诉讼法修改中的一大动作,也是新民事诉讼法实施以来实务和理论研讨中人们最为关注和最有争议的一项制度,争议涉及第三人撤销之诉的性质、该制度与再审制度、执行异议之诉制度的关系、提起第

[53] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(修订第四版),台湾三民书局2005年版,第943页,第954页,第960页,第966页。

[54] 在辩论主义之下,承认当事人之间对所主张事实的自认,法院的判断将受到当事人自认的约束。基于家事法律关系的特殊性,在家事诉讼中辩论主义受到限制。参见前引[44],松本博之书,第16页。

[55] 共同诉讼的辅助参加,是指当判决效力不仅及于对方当事人,也及于该第三人时,该第三人对该诉讼的辅助参加。前引[25],高桥宏志书,第310页。

[56] 前引[46],伊藤真文,第440页;前引[3],川岛四郎书,第681页。

[57] 中岛弘雅:《株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益》(《股东大会决议诉讼的机能与诉的利益》),《民商法雜誌》第99卷第6号(1988年),第785页,第803页。

[58] 本間靖規:《判決の対世効と手続保障》,《龙谷法学》第19卷第1号(1986年),第34页,第80页。

[59] 前引[46],伊藤真文,第445页。对此也有学者认为,基于稳定法律关系的必要,不需要有对提起诉讼期间的限制。中田淳一:《訴えと判決の法理》,有斐阁1971年版,第45页。

三人撤销之诉的原告范围、第三人撤销之诉的对象、第三人撤销之诉的立案审查标准、第三人撤销之诉判决的效力等诸多问题。<sup>[60]</sup> 由于第三人撤销之诉制度是为了维护第三人的合法权益而设置的一项程序保障机制，就必然涉及这一制度与他人之间判决的约束范围的关系问题。这一问题毫无疑问是该制度的实质问题、基础性问题。然而十分遗憾的是，对于这一制度是否应当设置、如何设置、应设置哪些相应的制度和原则等许多问题，还欠缺深入的探讨，不仅导致了该制度实际运行的诸多困难，也将影响我国判决效力制度的建构和实际运行，严重冲击了判决既判力相对性的基本原理。

第三人撤销之诉制度的唐突在于，其是在我国法律没有明确规定既判力制度，更没有关于既判力相对性的原则规定的前提下设置的。如果仅从法律规定来看，人们有可能从第三人撤销之诉制度推导出我国不存在判决效力相对性的约束。因为如果存在判决效力相对性的约束，那么在一般意义上（特殊情形除外）就没有必要设置第三人撤销之诉来维护第三人的实体权益。在没有设置第三人撤销之诉制度之前，我们还可以从正当程序与判决效力的正当化、纠纷的相对解决等而推导出判决效力的相对性。一旦民事诉讼法在没有规定既判力制度的情形下预先设置了第三人撤销之诉制度，必然对判决相对性原理造成冲击。如果先行完善地规定了既判力制度，确立了既判力相对性原则，则第三人撤销之诉制度的适用就受到了限制。很自然地，第三人撤销之诉应限制在判决既判力扩张的情形。对于由于既判力的扩张所导致的第三人权益受损的情形，该第三人可以利用该制度通过撤销他人之间已经生效的判决来维护自己的合法权益。<sup>[61]</sup>

现在的问题是，我国的第三人撤销之诉是置于民事诉讼法第三人制度中予以规定的。这意味着这一制度是一种第三人可以普遍适用的制度。尽管条文规定设置了限制条件使得该制度难以适用，但非常容易给人们造成他人之间判决的效力并不存在相对性的印象，在观念上进一步冲击了判决效力相对性原理。这一制度的设立也似乎证实了，民事诉讼法修订中，制度设计者并没有既判力相对性原则的概念和认识，孤立地看待域外第三人撤销之诉制度的设置，仅仅从应对虚假诉讼<sup>[62]</sup>的现实需求出发而出台了该项制度。虚假诉讼的确

[60] 参见前引〔8〕，张卫平文，第170页以下。

[61] 在我国台湾，提起第三人撤销判决诉讼的原告须具备两个条件：其一，是与他人之间诉讼的判决有法律上利害关系的第三人。其二，不是因为第三人的过错而没有参加他人之间的诉讼，导致其不能提出足以影响该判决的攻击或防御方法。如果满足了这两个条件，即为适格的第三人撤销判决诉讼的原告。关于何谓“有法律上之利害关系的第三人”，法条上并未具体予以指明，但从“立法理由”的说明来看，我国台湾学者一般认为，应当是指受判决效力拘束的第三人。“立法理由”对此说明，因为存在判决效力扩张情形，因此，如果受此判决效力扩张影响的第三人在没有可归责于自己的原因而没有参加该诉讼的情形下便强令其受不利判决的拘束，无疑剥夺了该第三人的诉讼权、财产权，因此，在保护该第三人权益的必要范围内可以请求撤销原确定判决。参见吕太郎：《第三人撤销之诉——所谓由法律上利害关系之第三人》，《月旦法学杂志》2003年第99号，第30页；陈荣宗：《第三人撤销诉讼之原告当事人适格》，《月旦法学杂志》2004年第115号。

[62] 在诉讼实务和传媒中人们经常使用虚假诉讼和恶意诉讼的说法，而且经常混用。两者都是违法行为导致的社会现象。从“虚假”和“恶意”的基本语义来看，虚假诉讼的重点在于诉讼或争讼的法律关系的非真实性，针对的是第三人，就第三人而言当然存在恶意；恶意诉讼在于提起诉讼的目的性，针对的是对方当事人。基于此，笔者将虚假诉讼界定为，形式上的诉讼双方当事人共谋通过虚构实际并不存在的实体纠纷（包括双方之间根本不存在实体法律关系以及虽存在实体法律关系，但并不存在争议两种情形），意图借助法院对该诉讼的判决，损害诉讼外第三人权利或权益的诉讼。恶意诉讼则是指，一方当事人通过捏造事实或理由，滥用诉权提起民事诉讼，以损害对方当事人利益的诉讼。

是我国特定语境下的一种社会现象,但应对虚假诉讼可以有多种方法,包括实体的、程序的,例如对伪证行为和伪造证据的违法行为的制裁。虚假诉讼不可能不捏造案件事实,不可能不作伪证或伪造证据,因此通过对伪证行为和伪造证据行为的制裁,能够起到防止和阻却作用。也可通过再审,以诈害第三人作为再审事由撤销原判决、裁定和调解书等。其实最有效和最基本的办法就是明确规定既判力制度,确立既判力相对性原则。确立了这一原则,第三人就可以根据这一原则,通过一般诉讼维护自己的合法权益。正是由于没有明确规定既判力相对性原则,人们才会认为当他人之间的判决有可能损害自己的合法权益时,只有撤销该判决才能得到程序上的救济。其实他人之间的判决在没有合法扩张的情形下对自己是没有约束力的。虽然第三人撤销之诉通过直接撤销判决能够维护第三人的合法权益,但却造成了对判决既判力的破坏,妨碍他人之间法律关系的安定性。判决效力的根据就是法的安定性。<sup>[63]</sup>与维护判决既判力以及通过既判力相对性原则实现对第三人实体权益的程序保障比较,第三人撤销之诉制度弊大利小。

一旦承认既判力相对性原则并将其制度化,第三人撤销之诉的功用将受到很大的限缩。由于存在着既判力扩张的情形,受既判力扩张影响的第三人在受到确定判决的损害时,应当给予该第三人事后救济的途径。又由于通常的再审救济以全面推翻原判决为目的,对原诉讼标的重新进行审理,而第三人撤销之诉仅仅涉及原判决是否损害第三人合法权益,并非完全否认原判决(按照我国民事诉讼法的规定,原判决、裁定、调解书部分错误的,可部分撤销),第三人撤销之诉的颠覆程度或否决程度要弱一些,对原审确定的法律关系安定性的冲击或影响也要小一些。从这一点考虑,仅赋予受既判力约束的第三人再审救济的权利还是不够的,第三人撤销之诉依然有其存在的必要。<sup>[64]</sup>当然,也可以将第三人撤销之诉作为一种特殊的再审救济途径归入广义的再审之中。<sup>[65]</sup>

## 五、既判力相对性原则的制度化

既判力相对性原则是既判力制度的一个基本内容。因此,既判力相对性原则的确立离不开既判力制度化。型塑科学有序的判决效力制度体系,必须确立既判力制度,确立既判力相对性原则,并使该原则制度化,为法官、法律行业和一般公众提供权威性判断依据。虽然“既判力”这一用语对于民事诉讼实务而言具有很强的外来色彩,但这一概念已经是大陆法系理论界所通用的法学和法律概念,且在语义上能够非常准确地表达其基本含义,我们没有理由予以拒斥,无论是民事诉讼法还是司法解释,均可以直接将其作为一个法律概念。

既判力制度化需要明确规定以下要素性规范是:1. 明确规定只有确定判决主文中关于

[63] 小山昇:《訴訟と判決——民事訴訟と憲法》,載《判決効力の研究》(《小山昇著作集第二卷》),信山社1993年版,第4页。

[64] 参见黄国昌:《第三人撤销之诉——受判决效力所及第三人之事后程序保障机制》,载黄国昌学术论文集《民事诉讼理论的新展开》,元照出版公司2010年版,第321页以下。在该论文中,黄国昌先生在对第三人权益的程序保障的各种方法及比较方面有非常深入和细致的研究。

[65] 在我国台湾,第三人撤销之诉被置于再审之中,作为“再审之二”规定在“民事诉讼法”中。

诉讼标的的判断才有既判力（既判力客观范围的原则规范）。〔66〕2. 作为例外，关于抵销请求成立或不成立的判断也具有既判力（既判力客观范围的例外规范）。3. 明确规定确定判决仅对诉讼的当事人有效力，即既判力相对性原则（既判力主观范围的原则规范）。4. 作为既判力相对性原则的例外，确定判决对于诉讼系属后的承继（继受）人及为当事人或其承继（继受）人占有请求之标的物者，亦有效力。为他人的利益而作为原告或被告者的确定判决，对于该他人也有效力。涉及身份关系和团体法律关系的诉讼，其确定判决具有对世效（既判力主观范围的例外规范）。5. 对法院在诉讼口头辩论（法庭辩论终结）时与作为诉讼标的的权利或法律关系相关的判断，当事人不得在后诉中提出矛盾的主张；后诉也不得作出与此相矛盾的判断（既判力标准时、既判力时间范围规范）。〔67〕

既判力相对性原则的具体例外应当由各实体法或程序法作出明确规定。没有实体法和程序法上的具体明确规定，判决的既判力就必须按照相对性原则，不得有例外或扩张。对于家事（人事）诉讼、公司诉讼判决等具有对世效的一般既判力的扩张，还必须充分考虑程序性补强条件，不得仅以所谓公益性和团体运营的顺畅作为既判力扩张的实体理由。这些条件的限制性运用也需要在民事诉讼法中加以规定。正因为关于既判力相对性原则的例外规定是以民事诉讼法中的既判力相对性原则为前提的，因此，最重要的就是确立既判力相对性原则。如果没有既判力相对性原则的明示，这些特别规定一旦予以抽象就可能反而成为原则，带来严重的误导，如同第三人撤销之诉的情形。

关于既判力制度的更细致的技术处理需要在既判力理论的指导下予以细化，也可以通过判例和指导性案例提供解释，不断积累和丰富既判力制度的实际运作经验，并逐渐形成制度化操作规范。有些与之相应的配套制度也应当予以调整。例如判决书的表达格式，虽然不必强求所有判决书都必须明确判决主文，但原则上应当对判决理由与对诉讼标的裁决的主文加以区分。明确判决主文有利于人们正确把握既判力的客观范围。〔68〕

既判力的制度化最好是通过再次修改民事诉讼法予以实现。不过由于刚进行了修改，按照我们修法的习惯，恐怕在近期内再次修改不太现实。比较可行的方法是尽快通过最高人民法院的司法解释予以制度化。如果不能通过司法解释作出规定，则可通过出台相应的指导性案例以及公布典型案例，明确既判力制度的基本规范，包括既判力相对性原则。

既判力制度是现代民事诉讼的基本和基础性制度之一，只有完成了既判力制度的建构，我国的民事判决制度和民事诉讼制度才能升级换代。民事审判的实践也迫使我们必须使用

〔66〕 判决理由不发生既判力的主要理由是，法院在本案中的裁判只限于诉讼标的，既判力也只能及于该诉讼标的。诉讼标的是当事人双方关注的对象，因此应当将对诉讼标的的判断与判断的根据明确区别开来。如果认可判决理由有既判力，那么势必扩大当事人在诉讼中的防备范围，扩大了诉讼的重点，当事人必须小心地对待理由，否则会由于理由也有既判力而导致今后的不利。参见前引〔20〕，新堂幸司书，第484页；张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2004年版，第313页以下。

〔67〕 将事实审言词辩论终结之时作为既判力的标准时，其理由在于，法院总是以事实审言词辩论终结以前的事实作为裁判的事实依据，以此确认有争议的权利义务关系。我国传统审判由于对程序正当性的轻视，也导致对言词辩论原则和直接原则的忽视，也就无法确立清晰的判决效力的标准时，使得在诉讼实务中既判力的时间作用范围也变得模糊和混乱。与既判力制度建构配套，民事诉讼法应当同时明确言词原则和直接原则。

〔68〕 判决主文以当事人诉的主张或声明为内容。原告全部胜诉的，以原告诉的主张或声明为主文内容；原告全部败诉的，以被告诉的主张或声明为主文内容。原告、被告各有胜诉败诉的，判决主文应将胜诉败诉的范围各自加以表述。参见前引〔53〕，陈荣宗等书，第34页。

既判力的相关概念和理论使其裁判具有正当性。尽管既判力制度的运行也会遇到诸多问题,并非就是一个十全十美的诉讼制度设计,既判力的主观范围、客观范围、时间范围在理论和实务中都存在不易界别厘清的问题,既判力制度作为强调正当程序的现代制度,也同样具有程序刚性的特点,但这些问题都是民事诉讼现代化过程中的问题,是升级换代后的问题,并不能因此阻止我国民事诉讼以及民事审判现代化的进程。既判力制度的建构也将同时促进当事人制度、诉讼标的制度、辩论原则、处分原则、再审制度、言词原则、直接原则的建构和完善,从而极大地推动我国民事诉讼法的发展,并提升或转变我们既有的诉讼观念。

既判力制度的建构和运行与民事诉讼的大众化、司法接近民众之间并没有必然的矛盾。如何使得复杂的理论和制度通俗化并运用到民事实践中,为民众、律师和基层司法人员所理解和运用,是另一个问题。不可以以愚民化或“知识白板化”意识阻止民事诉讼制度的升级换代。在国外已经存在相当成熟和相对完善的既判力制度的情况下,我们不能受制于民族主义、民粹主义的意识,而拒斥人类的共同智慧和经验之光。

---

**Abstract:** The principle of the relativity of *res judicata*, as a fundamental principle of *res judicata* system, means that, under normal circumstances, *res judicata* occurs only between the parties. This principle not only is conducive to reaching final solutions to disputes and guarding the stability of legal relationship, but also provides procedural safeguards for the rights and interests of a third person who does not participate in the litigation. As an exception to the principle of the relativity of *res judicata*, a final judgment has legal effect also on a successor after action dependence and on a person who is in possession of the requested subject matter on behalf of a party or the heirs of that party. A final judgment on a case in which a person becomes the plaintiff or defendant on behalf of another person has legal effect also on that another person. The current Chinese Civil Procedure Law contains no clear stipulation on the principle of the relativity of *res judicata*, which has not only led to a major flaw in the procedure for the protection of the rights and interests of a third person, but also caused confusions in the application of third-party opposition in practice. China should improve the system of *res judicata*, establish the principle of the relativity of *res judicata*, and limit the application of third-party opposition to circumstances that constitute exceptions to the principle of the relativity of *res judicata*.

**Key Words:** *res judicata*, principle of the relativity of *res judicata*, subjective scope of *res judicata*, third-party opposition

---