

论既判力的客观范围

江伟 肖建国*

一、既判力客观范围与诉讼标的理论的关系

既判力原则上只对判决主文中表述的判断事项产生,而所谓判决主文的判断亦即对于诉讼标的之判断。由于诉讼标的有传统理论与新理论的不同,既判力的客观范围也随之发生变化。一般认为,采新诉讼标的理论,既判力的客观范围大,采传统诉讼标的理论范围较小。

传统诉讼标的理论,以实体法规定的具体实体权利为诉讼标的的概念,以实体法律规范为识别诉讼标的之标准,法院裁判的既判力,只能及于该具体的实体权利。因此,只要实体法上规定的实体权利不同,即使原告请求给付的目的只有一个,其诉讼标的也不相同,从而在对个别诉讼标的所作的判决之间,不发生既判力的拘束问题。^{〔1〕}例如,甲以所有物返还请求权诉请法院判令乙返还房屋,法院终局判决甲败诉。其后甲又以租赁期满为由向法院起诉,要求裁判乙返还房屋。按照传统诉讼标的理论,前诉判决的诉讼标的为所有物返还请求权,而后诉判决的诉讼标的为租赁物返还请求权,两诉之诉讼标的不同,因而前诉判决的既判力不及于后诉。

在传统理论下,诉讼标的之范围与既判力客观范围均以实体法上的具体权利或法律关系为准,所以有“诉讼标的=既判力的客观范围”之说。于既判力本质问题上的实体法既判力说就是坚持这种观点的。实体法既判力说自始将实体法上的权利或法律关系作为诉讼标的看待,裁判所确认的权利或法律关系与诉讼标的的并无二致,因此,“判决前之权利性质与判决后之权利性质,两者自无相异之处,不致发生判决后之实体权利,应属何种法律性质之权利问题”。^{〔2〕}但是,实体法既判力说在请求权竞合时不能合理地解释原告胜诉判决的既判力客观范围与原告败诉判决的既判力客观范围之间不一致现象。这是因为,在诉的竞合合并中,^{〔3〕}原告在诉讼上同是主张侵权行为返还请求权、不当得利返还请求权或基于所有权的返还请求权等三种竞合的请求权,法院在作出判决时,或者任意选择其中的侵权行为返还请求权作出原告胜诉判决,

* 江伟系中国人民大学法律系教授;肖建国系中国人民大学法律系博士研究生。

〔1〕 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社1993年版,第85页以下;杨建华:《民事诉讼标的之新旧理论》,台湾《法令月刊》第24卷第12期;江伟、韩英波:《诉讼标的理论研究》,1995年全国诉讼法学学会年会论文。

〔2〕 陈荣宗:《民事程序法与诉讼标的理论》,台湾三民书局1977年版,第403页。

〔3〕 诉的竞合合并是大陆法中诉的客观合并的一种形式,是指同一原告对同一被告,有相互独立的数种实体权利,而这些权利只有一个给付目的,当事人基于这些权利在同一诉讼程序,以单一的声明要求法院作出同一的判决。

或者就三个请求权同时进行判断而作出原告败诉的判决。在原告胜诉判决中,只有侵权行为返还请求权受到既判力的遮断而不得再行争执,其余的请求权则不受该胜诉判决的影响;在原告败诉判决中,法院必须就三个请求权全部进行判断,并认为其均无理由时,才能为败诉判决,因而既判力的客观范围及于该三个请求权。

新诉讼标的理论将诉讼标的的概念从实体法中解放出来,使之成为诉讼法上的范畴。按照新理论,原告起诉时,只需主张其所希望的法律效果或法律地位,毋须就实体法上的权利或法律关系为主张。因此,当不同的原因事实只产生同一法律地位或效果时,这些不同的原因事实虽能构成实体法上的若干个实体请求权,但并不构成不同的诉讼标的,诉讼标的仍然为单一。从上面提到的案件来看,甲在前诉基于所有权而提出的所有物返还请求与在后诉中基于租赁契约而提出的租赁物返还请求,在给付地位上只有一个,因而两诉的诉讼标的相同,后诉应当受到禁止。实际上,当甲在前诉中诉求乙返还房屋时,法院应当就甲所主张的事实,从各种法律观点上进行评价,而限于甲所主张的所有权关系,^[4]因而前诉判决的既判力应及于后诉,甲不得基于租赁关系另行起诉。

新诉讼标的理论又有一分肢说和二分肢说之别。^[5]一分肢说坚持纯粹的诉讼法上的诉讼标的的概念,坚持以原告诉的声明作为诉讼标的的识别标准。但在确定既判力的客观范围上,一分肢说并未坚持原有标准,而另外将事实关系视为决定既判力客观范围的要素。按照新标准,当事人在前一诉讼未向法院提出的事实关系,不受既判力的排除,前诉判决确定后,当事人能以该事实关系为基础,重新提起与前一诉讼有同一给付内容的诉讼。例如,因买卖关系而签发票据时,原告既可以在诉讼上同时主张原因关系与票据关系,也可以单独主张其一。同时主张时,由于其诉的声明系同一给付,所以诉讼标的的只有一个,判决的既判力及于原因关系和票据关系。若原告仅主张票据关系时,原因关系就不为既判力之所及。当事人可以在前诉判决确定后,以原因关系为理由另行提起同一给付之诉讼。可见,一分肢说以诉的声明作为识别诉讼标的的唯一标准,以事实关系的多寡异同作为决定既判力客观范围的标准,这就在民事诉讼学理上第一次否定了“诉讼标的的与既判力客观范围一致”的命题,因而遭到了一些学者的强烈批评。

日本学者新堂幸司在处理诉讼标的的与既判力客观范围上,始终坚持诉讼标的的范围与既判力客观范围统一的观点。他认为,原告诉的声明事项为诉讼标的的,同时也是判决主文中的判断事项和既判力的对象。至于当事人所主张的请求权,以及发生的事实关系(无论当事人有无主张或提出),均因判决而受到既判力的排除,不得以此种事实关系再行起诉。这种处理既判力客观范围的方法,理论上前后一贯,因而得到很多学者的推崇。在日本当今的民诉理论中,“诉讼标的的=声明事项=判决主文中之判断=既判力之客观范围”^[6]这一由新堂幸司提出的命题,已经具有普遍意义。

我国台湾学者陈荣宗教授则从新实体法说诉讼标的的理论出发,认为新实体法说能简洁解释诉讼标的的与既判力的关系,对于传统的请求权竞合问题,也能够以请求权规范竞合加以适当处理。他认为,诉讼标的的与诉的声明在概念上有严格区别:诉讼标的的为诉讼的客体以及法院审

[4] 在此过程中,法院阐明权的行使就显得至为重要。

[5] 前引[1],张卫平书,第89页以下。

[6] [日]新堂幸司:《既判力与诉讼物》,法学协会杂志第80卷3号,第295页,转引自骆永家:《既判力之研究》,台湾三民书局1981年版,第33页。

理的客体,诉的声明为判决的客体以及判决主文中的判断。两者之间,不仅在内容上不同,且在范围上也不一致。能成为法院审理的内容及范围的,未必就能完全成为判决的客体而变为判决主文的内容及范围。因此,可以认为,“诉的声明=判决主文中的判断=既判力的客观范围”,但是既判力客观范围不一定能与诉讼标的范围相一致。陈教授还以一部请求判决为例,指出一部请求诉讼的诉讼标的范围为全部金钱债权债务关系,残余债权在一部请求诉讼中只属于诉讼标的之一部分,但法院判决时,残余部分并未成为判决的客体,因而残余债权不为判决的既判力所及。^{〔7〕}

我们认为,欲明确诉讼标的与既判力客观范围(或称裁判标的)之间的关系,必须与一定时期的诉讼政策联系起来进行考察。一定时期的诉讼政策,往往受到如下因素的制约:(一)司法者对民事诉讼目的的认识和理解,以及(二)对当事人程序保障的程度。对民事诉讼目的的认识,一般有保护权利说与解决纠纷说之对立。主张保护权利说者,强调按照实体法律规范所定的权利作为当事人主张和法院裁判的根据,诉讼标的范围以法院裁判所确认的实体权利为限,既判力的客观范围与诉讼标的范围一致。主张解决纠纷说者,注重纠纷的一次性解决和诉讼经济原则。在诉讼标的范围上,均以诉的声明为准;但在既判力的客观范围上,则或认为裁判标的与诉讼标的范围一致,或认为二者范围不一致。这种情况的出现,与民事诉讼法对当事人程序保障的程度有关。

对当事人程序保障的充分性取决于律师作用发挥的程度、法官素质的高低以及大众法律意识和诉讼观念的强弱。在不采律师强制主义因而当事人本人诉讼占很高比率的国家,以及因法官素质低下而使法院审理不够充实的情况下,为扩大当事人权利受保障的机会,在某一时期于诉讼政策上采旧诉讼标的理论就更具有必要性和现实性。旧理论固然有将一个纷争分割为数个诉讼标的而不能一举解决的缺点,但对于败诉的原告而言较为有利。原告可以就各个实体请求权逐一实施诉讼。反之,采新诉讼标的理论,固然可避免发生就一个纠纷提起多次诉讼的现象,因而可以减少被告应诉的麻烦并减少法院多次审理的负担,但因既判力客观范围过大,一旦败诉判决确定后,就不能依其他法律观点(即旧理论所说的请求权)再行起诉,这对败诉的原告而言,未免过于严苛。

从目前情况看,虽然我国法官人数和法官在人口中所占比例均居世界前列,但审判人员的社会背景、文化程度、专业历练等参差不齐。直至1993年全国各省、区及直辖市高级人民法院院长换届选举时,新一代30位院长中不具备大专学历者占30%,毫无“政法业务”背景者占27%。同时,我们的法官绝大多数是进入法院之后才从事法律实务,司法经验只能通过审判业务来积累,除了极个别者外,均没有律师职业经历和经验。^{〔8〕}另外,我国目前的律师人数与社会对律师的需要尚有较大差距。一般认为,“对律师的需要应该随经济活动的高度增加、社会生活的复杂化等社会发展而增大。”^{〔9〕}但是截至1993年底,全国从事律师工作人员只有68800多人,^{〔10〕}大部分诉讼案件只能由当事人本人进行诉讼,这就决定了在我国实行律师强制主义条件远未形成。在上述情况下,如追求一个民事纠纷一次解决,同时兼顾原告的权利不致受到不当的否定,则一

〔7〕 前引〔2〕,陈荣宗书,第322页以下。

〔8〕 贺卫方:《对抗制与中国法官》,《法学研究》1995年第4期。

〔9〕 [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第297页。

〔10〕 中国法律年鉴社编:《中国法律年鉴1994》。

方面当事人应基于周全的准备,致力于所有法律观点的主张及举证(这就有赖于国民知识的提高、律师制度的健全等),另一方面法院必须积极地行使阐明权或阐明义务,致力于从各种法律观点上作出裁判(这有赖于法官素质的提高)。因此,将来的趋势是在实体法上采请求权竞合论,在诉讼法上采新诉讼标的理论,但是近期内在诉讼政策上似乎宜侧重于对当事人权利的保护。

在新诉讼标的理论下,如何协调既判力客观范围即裁判标的与诉讼标的之关系?是否承认裁判标的与诉讼标的的范围一致?如认为不属一致,则是否应承认诉讼标的概念的相对性以限制既判力的客观范围?抑或仍维持统一的诉讼标的概念,不承认该概念的相对性?

在学理上,如承认裁判标的与诉讼标的系不同概念,或承认诉讼标的概念的相对性,那么既判力的客观范围则受到限制,作为裁判基础事实关系以外的事实证据,即为既判力拘束效力所不及,当事人和法院可以另行主张或裁判(此为“独自的裁判标的说”)。如采取统一的诉讼标的概念,否认裁判标的与诉讼标的之差异,那么按照新诉讼标的理论,在所争执的范围内,不论法院是否已经查明事实,并于判决理由中明白表示意见,一切足以使其诉的要求正当化的情况,均应认为法院已作出法律评价,而为既判力效力所及,从而就一切事项或问题均为既判力所排除或遮断,当事人不得就其另行诉求(此为一致说)。实际上,无论是独自的裁判标的说,还是诉讼标的与裁判标的一致说,都取决于立法者、司法者或学者的利益衡量标准——即,是侧重于法安定性及法律和平的考虑,或是侧重于当事人的实体权利及案件实质真实的考量。

就立法论而言,我国目前的情况更适合采独自的裁判标的说。“一致说”在既判力范围上对原告过于不利,为避免既判力的遮断效力或排除效力,“一致说”主张扩张再审程序的适用范围,以补救既判力客观范围过大带来的消极影响。^[11]但是,过多使用再审之诉救济,会大量增加法院负担,倒不如从根本上限制既判力的客观范围,即在民事诉讼立法中确立单独的裁判标的概念,以别于诉讼标的概念。这样一来,就等于承认了诉讼标的概念的相对性,在既判力客观范围上,诉讼标的丧失了原来固有的地位而以裁判标的作为确定既判力客观范围的标准。当然,将来的发展趋势是实现诉讼标的的范围与裁判标的的范围的一致化。只有当二者真正一致时,诉讼标的理论才能成为一种相对和谐、完备的理论体系。

还应当提及的是诉讼标的、诉的声明、判决主文中的判断以及既判力客观范围四者之间的关系。按照新诉讼标的理论,当事人依据一定的原因事实向法院提出的诉的声明,为诉讼标的。在辩论主义下,法院及当事人双方于诉讼上,只能就原告的诉讼标的进行审理及攻击防御。法院作出的判决仅能以原告诉的声明为限,不能就诉的声明以外的事项进行判决。法院以裁判对原告诉的声明所作的答复,即为判决主文的具体内容。所以,诉讼标的、诉的声明、判决主文以及既判力客观范围四者之间有密切关系,其内容和范围通常也大体一致。但是由于诉讼政策的变迁或差异,四者之间也时时出现不一致的情形。一般而论,“诉的声明=判决主文中的判断”这一命题是成立的,而诉讼标的与诉的声明之间则由于诉讼标的概念本身的变化而相应发生变动。在旧诉讼标的理论下,诉讼标的与诉的声明俨然有别:前者指诉的客体,后者则指裁判的客体或对象;而在新诉讼标的理论下,诉讼标的与诉的声明范围一般是可以划等号的。既判力的客观范围限于判决主文中的判断,这一论断在一般意义上也是可行的,但是不能将二者等量齐观,因为在一定情况下,判决理由也具有类似于既判力的效力。

[11] 陈清秀:《税务诉讼之诉讼标的》,台湾三民书局1991年版,第478页。

二、诉讼上抵销与既判力客观范围

前已述及,判决的既判力一般只限于判决主文中的判断,而不及于判决理由,因而“非为诉讼标的之单纯攻击或防御方法,纵于终局判决中经裁判者,亦不生既判力”。^[12]诉讼上的抵销,既非为原告起诉主张的诉讼标的,而是被告的攻击或防御方法,就不应发生既判力。但是纵观大陆法系各国民诉法典,不难发现,几乎所有德国法系的国家和地区都在其民诉法典中明确规定了抵销抗辩的既判力。^[13]这是判决理由无既判力原则的例外规定。设此例外规定的理由是:“如果不承认既判力,就会造成不当的结果。”^[14]由于抵销抗辩与其他攻击防御方法不同,它是与本案请求及原因毫无关系的反对债权,来等额地消灭请求债权为目的的抗辩。就防御方法而言,对原告的请求,法院可以基于诉讼指挥权任意选择被告提出的清偿、免除、消灭时效等抗辩方式的任何一种作出判断,法院也可以对原告的请求权之存否不作出判断,而直接采用上述防御方法的任何一种,而以原告之诉无理由作出原告败诉判决。但是,关于抵销的抗辩,必须在确定原告请求的债权成立,以及对被告提出的清偿、免除等抗辩加以判断之后,才能就抵销抗辩加以判断。如果不承认抵销抗辩判断的既判力,“就可能使请求(本案判决——笔者注)的纠纷转移到反对债权是否存在的争执,这就失去了判决解决纠纷的实际效果”。^[15]具体来说,不承认抵销抗辩既判力的不当后果是:如果被告的抵销抗辩成立,原告因债务抵销而败诉后,被告仍可另行起诉要求原告给付在前诉中抵销的债务。在这种情况下,被告实际上获得了两次给付,为避免此情形的发生,就要求赋予抵销抗辩以既判力。

当然,抵销抗辩具有既判力也不是绝对的。一方面,法院就抵销抗辩所作的判断,必须为实体上的判断,因此以反对债权不具备适于抵销的状态,禁止抵销,或抵销的意思表示无效等理由所作的判断并不发生既判力。另一方面,抵销抗辩只不过是防御方法而已,法院对此所作的判断,并不表现于判决主文,但必须在终局判决的理由中经判断才有既判力可言。因此,在中间判决中虽就反对债权存在与否作过判断,但还须将其作为终局判决的理由加以援用,才具有既判力。^[16]

抵销抗辩的既判力客观范围,应依法院对抵销抗辩的不同判断分别而言。当事人提出抵销抗辩时,法院应首先就请求债权(被动债权)之存否进行调查,认为确定存在后,才能调查抵销是否符合抵销的条件,而就抵销抗辩加以判断,不得直接依抵销抗辩驳回原告的请求。当抵销抗辩经实体上的判断而被驳回时,则反对债权(主动债权)不存在的判断产生既判力;当法院承认反对债权而驳回原告请求的全部或一部时,则在抵销所对抗的数额内,反对债权成立的判断具有既判力。因此,抵销抗辩既判力的效力不得超过本诉请求的金额,当事人可以就反对债权的余额另行提起新诉。

[12] 杨建华:《问题研析民事诉讼法》(二),台湾三民书局1987年版,第181页。

[13] 德国民事诉讼法第322条第2款,日本民事诉讼法第199条第2款,我国台湾地区民事诉讼法第400条第2款。

[14] 王锡三编:《资产阶级国家民事诉讼法要论》,西南政法学院1986年印行,第305页。

[15] [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,法律出版社1995年版,第160页。

[16] 前引[6],骆永家书,第47页。

例如,原告在本诉中请求被告给付10万元,被告以原告曾欠被告15万元为由,主张以其中的10万元相抵,因反对债权不成立而被判决败诉时,抵销抗辩的判断仅就10万元反对债权不存在发生既判力,被告仍可就5万元余额另行提起诉讼,而不与既判力相抵触。反之,法院判定反对债权成立时,该判断也只是在10万元内有既判力,超过该抵销之额的5万元不发生既判力,因而被告仍可以就余额提起诉讼请求。

与抵销抗辩的既判力相关的一个问题是:已主张的抵销抗辩,尚未裁判确定前,被告能否就同一反对债权另行起诉?抵销抗辩成立与否经裁判后,在抵销的范围内,当事人固然不能再行起诉,但此项效力,必须在该判决确定后才发生,如主张的抵销抗辩仍在诉讼系属中,自然无既判力可言。在此情况下,似宜认为当事人可以再行起诉。依本文意见,抵销抗辩尚未确定前,当事人仍可另行起诉,但在法律上应认为其诉无保护的必要而作出败诉判决。这是因为,抵销权为形成权,诉讼程序上主张抵销的债务按照抵销数额而溯及地消灭。当事人既于本诉讼主张抵销,又另行起诉请求该项给付,理念上未免矛盾;法院既要判断抵销抗辩,又要对另行起诉判断,如两者判决结果不同,后一判决势必再有再审原因。为求诉讼经济和防止矛盾裁判,就同一请求已主张抵销而又另行起诉的,虽不属于同一事件再行起诉,但法院应以诉无理由驳回其诉讼请求。

三、既判力与判决理由的效力

(一)判决主文与判决理由

一般来说,判决主文和判决理由构成了判决书的主要部分。在德国法中,判决主文(Tenor)是判决的核心,判决理由是判决所依据的法律理由。判决理由“同主文部分结合起来成为判决的最重要的一部分”。^[17]在法国法中,判决主文(dispositif)是判决的最重要部分,判决理由则列举法官认为已经得到证明的事实与法律文书,说明他所拒绝接受的主张,援引法律规则。判决理由的作用是,“一方面告诉当事人胜诉或败诉的原因;另一方面便于最高法院进行复查”。^[18]在日本法中,判决主文是“判决书中简明扼要地表明判决结论的部分”,^[19]判决理由则是根据主张和抗辩的取舍,通过事实认定和法律适用明确地引出判决主文结论的过程部分。

英国法院的裁决包括下述三个基本因素:(1)直接的或推断性的关于重要事实的决定;(2)对事实所披露的法律问题,说明应适用的法律规则;(3)根据以上(1)与(2)结合起来的效力作出的判决。对诉讼当事人及其权利继承人来说,(3)即判决主文是“裁决的重要部分,因为这一部分裁决终局性地确定了关于诉讼标的方面他们的权利和义务”。而(2)即判决理由是“判决的核心因素”。^[20]

我国民事诉讼法第138条规定,判决书应当载明如下事项:(1)案由、诉讼请求、争议的事实和理由;(2)判决认定的事实、理由和适用的法律依据;(3)判决结果和诉讼费用的负担;(4)上诉的期间和上诉的法院。其中,第(2)项为判决理由的规定,第(3)项为判决主文的规定。根据我

[17][18] 沈达明:《比较民事诉讼法初论》上册,中信出版社1991年版,第186页;第253页。

[19] 前引[15],兼子一、竹下守夫书,第150页以下。

[20] 前引[17],沈达明书,第247页。

国的学理解释,“判决的主文部分是民事判决的主要部分和核心内容”,^[21]因为这一部分是以“确定当事人的实体权利义务,确定诉讼费用的负担”^[22]为其内容。对判决主文的要求是:明确、具体、完整。具体来说,判决主文必须肯定、准确,避免笼统、含糊、模棱两可;逐项须详细具体,有给付内容的,须具体确定履行义务的时间和方式。另外,判决主文还不应有遗漏。判决理由则是人民法院根据查明的事实,阐明对纠纷性质的认定、当事人应承担的责任,以及当事人的哪些请求予以确认,哪些请求不予确认。

“判决理由是判决的灵魂,查阅一个不写理由的判决,等于使用没有灵魂的躯体”。^[23]两个主文相同的判决,可能是根据不同理由作成的;相反,两个不同的判决可能依同一原则作成。因此,判决理由在判决构成中极为重要。但是,从我国的司法实践来看,普遍存在着重视判决主文而忽视判决理由的现象。无论是实务还是学理上,对判决主文的制作都有严格的要求,而对判决理由则缺乏应有的关注。即使在最高人民法院作出的二审再审民事判决书中,这种现象也在某种程度上存在着。^[24]

我们认为,应当纠正对判决理由概念的传统认识。判决理由这一术语应包括两种含义:一是指判决所根据的理由,二是指作出判决的心理动机。其中,后者是主观的,指什么东西说服了法官;前者是客观的,指怎样说服其他的人。可见,判决理由的形成是说理和论证的过程。由于案件事实的不同以及司法人员对法律理解的差别,判决理由未必一定要遵循固定的格式和统一标准,不过,它首先应该说服当事人,至少也应是作出判决的法官确信的支持其判决的必要和充分的根据,绝非简单地罗列几个法条就可以了事的。在英美法系国家,法官审理案件首先不是问法律原则是什么,而是问摆在面前的问题是什么。在美国,法院作出判决理由往往并不满足于一两个成文法的条款,而是要将问题分析得尽可能透彻。^[25]判决理由不仅要说服当事人,而且要经得起整个法律界的挑战。一项判决公布后,律师、学者、法官都有机会来了解其判决理由。律师会在以后相类似的诉讼中进行评价,学者会写文章进行批评,法官也有可能在其他判决理由中加以引用或评论。所有这些意见和评论会形成一种普遍的法律社会舆论,从而成为后来审理相同或类似问题的法官得以借鉴的依据或不得不考虑的因素。只有这样,才能使法律规则在实践中明确化、具体化和公正化。^[26]

在判决书中载明判决理由只是近代以后的事情。在西欧,法官必须在判决中写明判决理由的义务直至十九世纪才出现。十七、十八世纪,法国和日耳曼国家的法院都不写明判决理由,因为他们认为其从事审判的权力是君主授给的。到十八世纪中叶,日耳曼法律仍沿袭罗马法的传统,拒绝把判决理由告诉当事人。十八世纪的法国人约斯(Jousse)甚至劝告法官不要说明判决理由,以避免败诉当事人横加挑剔,导致讼争的重起,所以当时的判决只有主文。法院书记官所作的书面记录,仅叙述诉讼程序的经过以及当事人的争辩,关于判决理由却总是空洞的,以“考虑了应考虑的各点之后”一语一笔带过,因此,查阅当时的判决汇编也无从知道法官们作出判

[21] 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第37页。

[22] 前引[21],柴发邦书,第397页。

[23] 前引[17],沈达明书,第246页。

[24] 最高人民法院经济审判庭编:《最高人民法院审理的二审再审经济纠纷案例选编》,人民法院出版社1994年版,第474页以下。

[25] 蔡富超:《刑事判例论》,中国人民大学硕士论文,1995年印行。

[26] 陈大刚、魏群:《论判例法在我国法制建设中的借鉴作用》,《比较法研究》1988年第1辑。

决时所依据的理由。^[27]

但是,从十八世纪开始,有些日耳曼国家的法律就要求法院在记录册上记载其判决的理由,以便于当事人上诉时送上诉法院,同时能使其他法院知道自己的判例。在法国,下级法院为遵照上级法院的判例作出判决,迫切需要于判决中载明判决理由,法国大革命前夕召开的“三级会议”,要求所有判决都应当写明理由。法国1790年法律规定,上诉法院判决的第三部分应载明经调查证明确定的事实以及作出判决的理由。共和三年宪法第208条规定:“判决应载明理由,在理由部分应指出所适用的法律。”法国1810年法律还规定:“不包括理由的判决无效”。^[28]时至今日,判决理由及其重要地位已为各个国家(尤其是判例法国家)所重视。

(二)判决理由有无既判力

目前的通说认为,判决主文中的判断有既判力,判决理由中的判断无既判力。就立法例而言,德国民诉法第322条第1款和日本民诉法第199条第2款均明文规定确定判决的既判力以判决主文为限,除了抵销抗辩判断之外,判决理由无既判力。在大陆法中,法院裁判的逻辑过程遵循的是“法律三段论法”,即以法律为大前提,以事实为小前提,然后得出结论——判决(裁判)。在既判力问题上,大陆法国家将请求权与基础权利截然分开,法院就前者在主文中所作的判断有既判力,就后者在理由中所作的判断无既判力。对于成为本案请求前提的权利关系是否存在的判断,也只是在判决理由部分作出,不能产生既判力;若原告希望先决问题或其他基础权利也有既判力,可提起中间确认之诉,^[30]如不提起即不必赋予既判力。

从理论上说,当事人要求法院解决争议的声明才为诉讼标的。民事审判的目的,是就当事人请求解决的事项以公权获得解决的标准,其他事项只是它的前提,当事人就前提事项所为主张或争执,仅为法院就本案诉讼标的作出有利于自己判决的手段。当事人诉讼资料的提出、法庭辩论及质证均围绕诉讼标的而来。无视这一事实,而承认先决事项也有既判力,无异于强迫当事人接受其未曾预料的结果。因此,通说认为,关于先决事项的判断,除提起中间确认之诉以外,不发生既判力,以此尊重当事人关于诉讼标的及诉讼资料提出的主体性,并避免在诉讼上产生当事人所未预期的结果。

但是,由于判决主文大多比较简略,有时还须借助判决理由才能确定判决主文的具体内容。^[31]从诉的类型来看,除原告胜诉的确认判决可以从判决主文中认定外,原告败诉的确认判决、给付判决、形成判决,均须借助于判决理由才能获得认定。当原告败诉时,不论为何种诉讼,法院在判决书中均应载明“驳回原告的诉讼请求”等内容。当原告胜诉时,在给付之诉主文中仅记载有“被告应给付原告……”,“被告应将……返还原告”,“被告应将……转移登记给原告”;在形成之诉,也只是记载“原告与被告间某法律行为应予撤销”,“准许原告与被告离婚”等内容。因此从判决主文中无法辨别法院究竟依据何种法律上请求权或形成权作出判决。仅在确认之诉法院作出原告胜诉判决时,判决主文载明的内容本身如“确认某法律关系成立或存在”或“确认某法律关系不成立或不存在”,就能确定既判力的客观范围,而无需借助于判决理由中的

[27][28] 前引[17],沈达明书,第245页以下。

[29] 前引[6],骆永家书,第56页。

[30] 中间确认之诉是指为判断作为本案诉讼请求先决问题的权利关系是否存在,而在该诉讼程序中附带地作出当事人之间该法律关系的确认判决之诉。可见,中间确认之诉的设立,是为了解决作为先决问题的判决理由中的判断无既判力问题。参见前引兼子一、竹下守夫书,第187页。

[31] 前引[12],杨建华书,第203页。

判断。

日本学者三月章对给付判决的既判力又作了具体分析。他认为,在金钱或其它代替物的给付诉讼中,仅从“被告应给付原告若干元”这一判决主文还不能探知哪一种给付请求权被确定,尚须借助判决理由才能明确既判力客观范围。而请求给付特定物之诉讼,则与金钱或其他代替物给付诉讼不同,前者“无须借助于判决理由中之记载,仅就判决主文即可明了既判力的范围”。^[32]

与通说相反,在德国有两种肯定判决理由有既判力的学说,这就是萨维尼(Savigny)和策纳(Zeuner)所主张的肯定说。萨维尼认为,先决的权利关系在判决理由中所作的判断,应认为具有既判力。萨维尼的理论强调“法律纷争的性质与法官的使命”,认为法官的使命在于确定系争权利关系,彻底解决纠纷。为达此使命,必须维持被确定的权利关系将来的安全性,这就要求判决的要素即成为判决理由的先决的权利关系具有确定性和既判力,并将其既判力援用于将来发生的所有法律纷争上。

策纳认为,法律上意思关连时,判决理由中的判断有既判力。从理论上说,维护法的安定性、避免矛盾判决与尊重当事人的意思与主体性之间虽然存在着对立状态,但在某种情形下未必不能调和。一方面,当前诉判决主文所确定的法律效果,将因后诉判决而实质上受到侵害时,为防止发生矛盾判决,当事人对前诉判决理由中的判断不宜争执;另一方面,应当考虑不得争执的判决理由的限度,这一限度不能超出当事人合理的预测之外。在上述范围内,似可承认判决理由中判断的既判力。能同时满足上述两方面要求的典型例子是,后诉的诉讼标的为前诉的先决事项。于此情形,后诉可认为系前诉的续行或补充,因此前诉判决的既判力应及于后诉,当事人对前诉判决理由中的判断不得争执,并不会出乎当事人意料之外。策纳由此得出结论说,“在前诉所确定之诉讼标的之法律效果,其所企求之法律秩序,包含或排斥后诉之诉讼标的之法律效果时,则两诉之诉讼标的之间有‘法律上之意思关连’”。^[33]但是策纳所提出的“意思关连”标准,并不够明确,尚有赖于主观的判断,因而遭到一些学者的批评。

日本学者则是从另一角度研究判决理由的效力,他们不直接回答判决理由中的判断有无既判力,而是指明在一定条件下判决理由中的判断有拘束力(与既判力不同)。其中具代表性的学说是兼子一的判决的参加效力扩张说和新堂幸司的“争点效”理论。兼子一从公平分担责任的要求出发承认判决对参加人的参加效力,并进而认为,在一定情况下当事人之间也存在着禁止反悔抗辩的要求,因而应承认判决理由中判断的拘束力。^[34]这种拘束力不限于诉讼标的的判断,作为本案判决先决事项的判断、表示败诉理由的证据判断、事实认定等均能产生判决的参加效力。例如,在请求给付债务的诉讼中,债务人提出清偿抗辩而获得胜诉,其后债务人不得以债务自始不成立为理由,主张清偿无效而另行诉求返还不当得利。

新堂幸司教授首创了“争点效”理论,该理论受兼子一参加效力扩张理论和英美法上间接不可否认(Collateral Estoppel)法理的启示,将诉讼标的以外的各个争点纳入判决拘束力的范围。该说基于当事人之间的诚信原则,认为只要具备如下条件,就产生一种制度性效力即“争点效”:(1)在前诉请求中主要争点事项的判断;(2)在前诉中当事人尽到主张和证明责任;(3)法院对争点作过实质性判断;前后两诉所争利益几乎相等。^[35]由于“争点效”系法院就诉讼标

[32][33] 转引自骆永家前引[6]书,第57页以下;第69页。

[34][35] 前引[15],兼子一、竹下守夫书,第164页。

的以外的各争点所作判断产生的效力,发生此效力的前诉判决理由中的判断,排斥当事人在诉讼标的不同的后诉提出与该判断相异的主张,所以与适用相同诉讼标的既判力不同。新堂幸司指出:“在诉讼上成为重要之争点,经当事人两造激烈之争论,法院所作之判断,如容许当事人或后诉法院轻易推翻,实有背于当事人之公平。此等考虑值兹诉讼上诚实信用原则被强调之时,更应受到重视。”^[36]可见,争点效理论的基础是民事诉讼的诚实信用原则和当事人之间的公平原则。

关于判决理由中的判断有既判力,学理上仍存在着种种争论,就立法论而言,赞同新堂幸司的争点效理论者居多;就司法论而言,赞同判决理由无既判力者居多。这两种情况也分别代表了学理上和实务上的不同倾向。

从学理上看,无论是直接肯定抑或直接否定判决理由中的判断有无既判力,都是不可取的。既然通说认为原则上判决理由中的判断无既判力,那么法院就当事人所主张的数个攻击防御方法(抵销抗辩除外),究竟采取何种主张(或攻防方法),在解决纷争的效果上完全相同,因此,法院既不受上述主张内容彼此之间关系的限制,也不受当事人提出的时间先后的约束,而可以自由选择其中一种主张作出判断。可见,通说着眼于当事人的主体性、个别案件的任务及法院审理上的选择权,然而过分强调当事人的主体性及个案的任务,而不承认判决理由中的判断有既判力或类似的拘束力,则以判决解决当事人之间纷争的民事诉讼机能势必减弱。该判决只可谓解决了当事人间的某单个争执,而未解决当事人之间的纷争,在将来若发生一连串的诉讼时,就有可能出现互相抵触的矛盾判决。

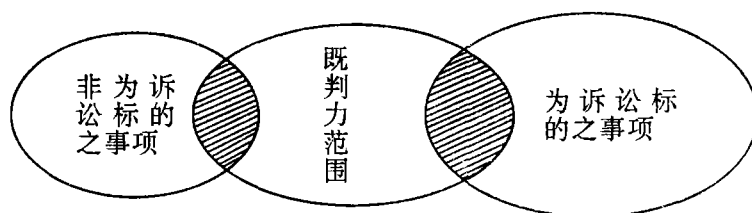
同理,直接肯定判决理由中的判断有既判力的见解也不足取。因为若承认其既判力,就应承认在当事人提出数个攻击防御方法时,法院无自由选择权,当事人可以指定审判的顺序,法院应受其约束;承认其既判力,还不得不承认当事人仅对判决理由不服时,也应有提起上诉的权利,否则当事人就会因法院偶然采用某一攻击防御方法为判决理由而蒙受意外的不利益(即发生既判力)。但是,如果允许当事人指定审判的顺序,或承认当事人仅对判决理由不服就能提起上诉,反而会阻碍本案判决的进程,导致诉讼拖延,与迅速解决纠纷的要求背道而驰。

合理的思路是赋予判决理由以一种不同于既判力的效力——拘束力。从这个意义上说,我们赞成新堂幸司教授在阐述争点效理论时所使用的�方法。我们认为,判决理由判断的拘束力说到底是在具体情况下适用诚信原则和公平原则的结果,并不是制度性效力(这一点与争点效理论不同)。由于诚信、公平原则是一般性条款,要基于此原则承认判决理由中判断的拘束力,应先弄清楚与判决理由中的判断相抵触的行为是在什么意义上违反诚信、公平原则,并明确使诚信、公平原则具体化的判断标准。具体说来,对于前诉的胜诉当事人和败诉当事人依据的标准有所不同:对胜诉者的要求是禁止反悔和禁止矛盾举动,对败诉者的要求是严守判决的失权效果和对方当事人的正当信赖利益。因此,不允许胜诉当事人在后诉中推翻前言而取得与前诉利益根本对立的双重利益,也不允许为了免除在前诉中获得利益的同时应承担的义务而推翻前言。从权利失效原则出发,败诉当事人对于前诉判决理由中的判断事项应承认其拘束力,不能提出与之相抵触的攻击和防御方法,以维护对方当事人的“纷争已在前诉中获得解决”的正当信赖利益。

也许会有人问:既然承认非为诉讼标的某些程序事项裁定(如不予受理裁定、驳回起诉裁

[36] 转引自骆永家前引[6]书,第76页。

定)具有既判力,为什么却不承认非为诉讼标的实体争点也有既判力?我们认为,既判力并非只是就诉讼标的的判断才能发生,法院对非为诉讼标的的程序事项所作的终局性判断也有既判力。同样,非为诉讼标的的实体争点虽然没有既判力,但具有一定的拘束力。之所以不赋予实体争点以既判力,原因在于若这样做,就会带来程序的繁复、滞延和上诉的可能性问题。而作为程序事项的裁判则不存在这个问题。实际上,不仅非为诉讼标的的一些事项(如实体争点或某些程序事项)不具有既判力,就是为诉讼标的的事项也未必都能被既判力效力所及。特别是将来若采取独立的裁判标的说后,诉讼标的理论的功能就会大为贬损,在既判力范围上,诉讼标的的概念和识别标准甚至会丧失其作用。关于非为诉讼标的之事项、为诉讼标的之事项与既判力客观范围的关系图示如下:



从实务上看,德国、日本都将判决理由中的判断视为判决要解决的先决事项,而不是判决本身所面临的问题,因此,对作为主文判断前提的事实认定和法律解释不产生既判力。在日本,尽管“争点效”理论已成为有力说,学理上支持这一见解的人逐渐增多,但日本最高法院在判例中却反复指出,判决理由中的判断“没有既判力和类似于既判力的效力(所谓争点效力)”,并明确表示不采纳争点效理论。^[37]法国判例也认为,既判力限于主文,不适用于作为判决基础的理由。但为解释主文,可结合理由来确定主文的意思。法国判例只是在特定条件下才承认判决理由的既判力。^[38]我国台湾地区司法实务上虽偶尔有不同见解,但目前统一意见是不承认判决理由有拘束力。从台湾地区的判例来看,“仅有否定判决理由有既判力之判例,尚无肯定判决理由有拘束力之判例”。^[39]由此可见,在司法论上否定说(即不承认判决理由中的判断有既判力)仍占据统治地位。

从某种意义上说,当事人将其民事权利义务争执,诉请法院裁判,其所期望的是解决该争执,至于诉讼标的为何,主文中的判断为何,判决理由为何,在未采律师强制代理主义下,一般当事人根本无从明了,但就此认为前一判决理由中的判断无拘束力,当事人仍可再行起诉,也是不合适的。因为将法院已审理判断的事项多次系属于诉讼,既不符合诉讼经济原则,也容易发生矛盾判决现象,由此使法院确定裁判的公信力受损。所以承认判决理由中的判断有一定的拘束力,理论上符合诉讼经济原则,与诉讼标的新理论一脉相承。但是实务上值得探讨的问题是,有无明确的范围可以认定?立法上有无明确的规定可以作为依据?我国目前民事诉讼程序运行的实际情况是否适宜采用?如适用不当,在未获得充分的程序保障时,有无发生“突袭性”裁判的可能?换言之,对于任何一种新理论,实务上必须斟酌现时的主客观环境及该理论实施

[37] 参见日本最高法院昭和44年6月24日判决。前引[15],兼子一、竹下守夫书,第165页。

[38] 前引[17],沈达明书,第256页。

[39] 前引[12],杨建华书,第190页。

的方法,在衡量该理论的优劣得失后,才能决定该理论的可行性有多大,或者以缓进的方法寻求其可行的途径。目前我国民事诉讼程序运作的现实很难令人满意,主要原因是诉讼程序忽视了当事人的主体性,当事人不能尽攻击、防御之能事。因此,在缺乏充分的程序保障的条件下,若认为判决理由有拘束力,反而弊大于利。从这个角度而言,赋予判决理由中的判断以拘束力,还只是民事诉讼的理想,这一理想能否或何时在司法实践中变成现实,则取决于民事诉讼法对诉讼当事人程序保障的程度。

四、调解书、仲裁裁决书的既判力客观范围

调解书、仲裁裁决书虽非为法院作出的裁判,但与确定的判决有同一效力,所以依通说,调解书和仲裁裁决书均具有既判力,当事人不得就调解成立的内容或仲裁裁决的内容另行起诉。若在其他诉讼中用作攻击或防御方法,法院也不得作出与调解书或仲裁裁决书的内容相反的判断。如调解书或仲裁裁决书具有给付内容,适于执行的,当事人还可以之为执行根据申请法院强制执行。

调解书既判力客观范围的认定,在我国并不存在任何事实上的困难。按照通说,既判力的认定,应就判决主文对照判决理由才可明了其范围。法院调解属于起诉后的程序,按照我国民事诉讼法第109条、110条的规定,当事人起诉时应当递交起诉状,起诉状必须载明使起诉特定化的诉讼标的(即诉讼请求和所根据的事实与理由),于言词辩论时如发生变更或追加,还应当记载于言词辩论笔录。调解达成协议后,即制作调解书。在我国,调解书的结构和内容与判决书大致相同,也包括“首部”、“主文”和“尾部”三部分。其中,调解书的主文是核心内容,应当写明诉讼请求、案件事实和协议内容。从我国司法实践来看,民事调解书无论在事实认定及法律适用上都与判决书相差不大,些微差别就在于调解书强调当事人之间的合意,因而协议内容多为当事人互相协商的结果,人民法院只是给予承认和认可而已。调解书与判决书在结构和内容上的诸多相似点,体现了调解制度在我国民事诉讼中的突出地位,即调解和判决一样,也是一种结案方式。调解书的这一特点为确定其既判力的客观范围提供了便利条件,因此,“调解书一经双方当事人签收,即标志着法院对当事人双方的争议做出了最后处理,当事人不得就同一诉讼标的、同一理由再行提起诉讼”。〔40〕

与日本、我国台湾地区相比,我国民事调解书的既判力客观范围更容易确定。因为在日本和台湾,调解为起诉前的程序,既然尚未开始诉讼,自然无诉讼标的可言。实务上调解成立笔录,一般仅记载调解成立的结果,如“相对人同意给付申请人5万元”等。双方当事人在调解程序所作的陈述,多未详细记载,因此,日本、我国台湾地区赋予调解书以既判力时,其客观范围实务上认定困难,在这一点上与和解笔录相似。

我国仲裁裁决书的既判力客观范围,在认定上也不存在什么困难。从仲裁裁决书的制作来看,一般应包括“案情和争议问题(或双方主张)”、“仲裁庭的意见”以及“裁决”三部分。仲裁裁决书详细地记载了案件事实、当事人争执焦点、双方主张以及仲裁庭对事实的认定和裁决。仲裁裁决书既判力客观范围的确定,应以仲裁裁决为准,必要时可参考案件的事实理由。

〔40〕 前引〔21〕,柴发邦书,第257页。