

禁止重复起诉规则之重构： 以合同效力的职权审查为背景

曹志勋^{*}

内容提要 我国对合同效力采依职权审查模式,据此作出的生效判决在争点外对合同效力的认定能产生禁止重复起诉的效果。由于不必全面审理潜在争点,大陆法系传统理论认为判决理由原则上不发生既判力。当任一方当事人明确请求确认先决关系效力时,上述两种思路均认可合同效力认定的既判力。我国应将合同效力作为审理焦点,并实现对依职权审查规则的实质化改造,要求法官作出包含既判力范围释明的明确标识。在判断依职权审查规则的既判力效果时,应进一步解释禁止重复起诉规则的要件。这种既判力理解不同于争点效理论并能提供更清晰的识别方案。

关键词 依职权审查 合同效力 既判力 先决法律关系 中间确认之诉

目 次

- 一、引言
- 二、依职权审查合同效力对后诉的影响
- 三、既判力客观范围限缩模式及其扩张
- 四、依职权审查与限缩模式的原理比较
- 五、对我国依职权审查规则的实质改造
- 六、既判力客观范围的识别规则与甄别
- 七、结语

^{*} 北京大学法学院助理教授,法学博士。本文系2018年度国家社科基金青年项目“我国民事诉讼标的的识别的诉讼法进路研究”(项目批准号:18CFX033)的研究成果。

一、引言

民事法律行为是民商事法律关系及其变动的决定性因素,其效力有无是后续其他实体判断的前提,法官就合同效力进行的实体审查对各类案件影响重大。我国司法实务通常认为,无论当事人之间是否存在争议、是否在起诉状或者诉讼过程中以书面或者口头的方式要求法院加以审查,^①“民事行为效力问题涉及对当事人争议的法律关系性质和效力判断,是人民法院依职权审理和判断的内容”^②。这种依职权审查合同效力的法官职权与当事人是否明确提出确认合同效力的诉讼请求无关,而是直接内嵌于法官的司法裁判权中。从民事实体法来看,法官在同一个诉讼中有权主动审查作为民法上的抗辩的合同效力问题(这也是大陆法系对“依职权审查合同效力”的经典理解),但是这一司法审查权应当以当事人在辩论主义之下提出的相关事实主张为前提;从民事程序法来看,这一审查规则也能体现出法官职权(释明权)与当事人处分权(诉的变更)的配合关系,法官不仅可以就民事之诉的类型释明,而且可以释明当事人提出诉的重叠合并、预备合并与反诉,从而通过当事人自主决定的诉的变更,扩大本次诉讼中审理对象的范围。^③

同时,前述针对合同效力的司法审查职权也可能影响法院对后诉是否构成重复起诉的判断。在民事诉讼传统理论中,上述审查权与前诉判决理由对后诉可能具有的既判力效果有关。^④具体来说,被认为应当由前诉法官在审判中充分处理的合同效力问题,在何种意义上约束和影响后诉法官的司法活动?就上述既判力有无的判断,与前案中法官如何释明 2019 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称 2019 年《证据规定》)第 53 条有无关联?与比较法上常见的中间确认之诉相比,^⑤我国处理相似问题的法律技术方案能否为当事人提供充分的程序保障?在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)第 247 条判断重复起诉的规则下,我国法的现状如何、是否有改进的空间?特别是在民事诉讼学界广泛关注不同诉讼标的识别理论的异同,就我国裁判规则建构各抒己见、激烈碰撞的

① 参见最高人民法院(2019)最高法民终120号民事判决书,最高人民法院(2018)最高法民终1167号民事判决书,最高人民法院(2015)民提232号民事判决书。

② 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第498页。本文将关注范围限缩于合同案件中的效力问题。主要原因在于,当讨论生效判决既判力向先决法律关系扩展时,最典型、也最核心的场景就在于此。对于此外比如所有物返还请求中对物权归属的确认而言,依职权审查的裁判技术同样可以被共享,只不过目前我国实践并未一般性地要求法院主动查明物权的归属,但应注意到《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》(法发〔2018〕9号)第8条前句就确权案件规定的“应当查询所要确权的财产权属状况”的要求,因而尚没有探讨对其依职权审查的必要。

③ 参见曹志勋:《民事诉讼依职权审查合同效力规则再认识》,载《法制与社会发展》2021年第3期,第205-224页。

④ 参见王福华:《论民事判决的遮断效力》,载《中国法学》2021年第3期,第265-286页;严仁群:《既判力客观范围之新进展》,载《中外法学》2017年第2期,第548-554页。

⑤ 参见张晋红:《关于中间确认判决制度的立法思考》,载《中国法学》2002年第5期,第109-117页。

当下,^⑥ 如何从理论定位上认识依职权审查合同效力规则在我国实践中似乎获得默示共识的既判力效果,由此观察我国民事诉讼审判模式中职权化的程度与限度,也成为民事诉讼法理反思与中国化中无法回避的核心问题。在比较法上没有既判力意义上的依职权审查合同效力规则的现状下,应从我国本土实践出发完成理论提炼与完善,通过程序法规范体系化和要件化之路,形塑中国特色的民事诉讼法学学术思维与话语框架,最终在功能意义上妥善处理案件中诉讼请求成立的(实体性)先决问题。^⑦

就此而言,笔者认为需要在细致观察我国司法实践的基础上,认识到作为给付判决前提的合同效力争点通常也被纳入我国判决既判力的范围,这与生效判决裁判理由部分的内容不产生既判力的大陆法系通说大相径庭。在这两种既判力扩张与限缩的不同模式下,合同效力问题分别不得和可以再次争讼。这与不同模式对诉讼争点与给付请求关系的认识差异有关,也受制于双方当事人就前诉裁判理由应否对后诉具有约束力的态度。结合我国近年来更为重视审判焦点确定的裁判技术的发展,应当从审理程序本身与释明技术运用的角度实现我国与大陆法系各自既判力模式的“找平”,以推动法院就合同效力依职权审查的实质化与程序保障程度的提升。进而在本土解释论上对重复起诉规则与其中“诉讼标的”“诉讼请求相同”和“实质否定”要件重新解读,进行理解依职权审查合同效力规则效果的理论尝试。

二、依职权审查合同效力对后诉的影响

(一) 合同效力认定通常具有既判力

给付判决的既判力范围是否覆盖其裁判理由中对合同效力的确认结果,能否限制随后提起的另案民事诉讼,^⑧ 在我国实务界和理论界存在较大争议。司法实务中的观点通常认为,在原告起诉被告请求给付时,被告请求确认合同无效属于“实质上否定前诉裁判结果”的情形,应当视为重复起诉。^⑨ 反之,当法院在前诉裁判理由中“认定双方之间不存在委托定向投资法律关系”并驳回给付请求时,前诉被告“在本案中提起的确认《委托定向投资协议》有效并继续履行的诉请,则明显构成对前诉裁判结果的对抗或否定”。^⑩ 与此相同的情况是,当事人在法院判决合同解除后于另诉提出继续履行合同的请求。^⑪ 此时的程序后果不是否定法院对本案的管辖权,而是被法院直接裁定驳回起诉。^⑫

⑥ 参见任重:《论我国民事诉讼标的的与诉讼请求的关系》,载《中国法学》2021年第2期;陈杭平、卢佩、巢志雄、史明洲:《新范式下的民事诉讼标的的理论》,中国法制出版社2020年版。

⑦ 参见傅郁林:《先决问题与中间裁判》,载《中国法学》2008年第6期,第155-169页。

⑧ 囿于主题,本文并未探讨在刑民交叉案件中,民事给付判决与刑事判决各自对合同效力的认定的关系。

⑨ 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第635页;陈巍:《重复起诉认定标准之重构》,载《中外法学》2020年第6期,第1611页。

⑩ 参见最高人民法院(2017)最高法民终1号民事裁定书。

⑪ 参见最高人民法院(2016)最高法民终189号民事裁定书。

⑫ 参见最高人民法院(2016)最高法民辖终35号民事裁定书。

当在先的生效仲裁裁决要求后诉原告交付土地资料、交出土地、配合权利变更登记及支付违约金时,后诉原告请求确认相关合同无效及请求前述作为行为给付义务的反向给付时,最高人民法院也认为构成重复起诉。^⑬即使在《民事诉讼法解释》出台前,也有法院在前案确认合同有效并判决合同解除、债务人偿还所欠借款本金及利息时,认为后诉请求确认合同无效属于重复起诉。^⑭这应当代表了我国司法实务界的通说见解。

同时,一个经过前后五轮诉讼、两次最高人民法院审委会讨论的系列案也涉及了对合同效力的审理、合同效力确认之诉与重复起诉的判断规则。^⑮甲公司委托乙公司代持丙公司的股权,后来双方对代持股关系产生争议。在案外因素的影响下,甲、乙公司通过与丁公司达成三方协议,将丙公司的股权转让给丁公司,其中甲公司收入 21.6 亿元,乙公司收入 7.02 亿元。在第一个诉讼中,甲公司请求之一是乙公司返还 7.02 亿元,最高人民法院经审委会讨论后认定甲、乙公司构成委托理财合同,并认定甲、乙公司和丁公司签订的利益分配合同有效,驳回了甲公司的诉讼请求。^⑯随后,甲公司继续向乙、丁公司和其他人提起确认乙、丙之间《交易价款支付协议》无效和给付侵权损害赔偿 7.02 亿元及利息 0.28 亿元的新诉讼。最高人民法院认为“本案与第一次诉讼基于相同的事实,均针对《交易价款支付协议》,目的就是取得……7.02 亿元股权转让款。因此,可以认定两案诉讼标的相同”和“本案是给付之诉,诉讼请求就是取得 7.02 亿元……要求确认……《交易价款支付协议》无效,将 7.02 亿元表述为损失赔偿额等,只是取得 7.02 亿元的理由”^⑰。案件经审委会再次讨论后,裁定驳回起诉。虽然该案中并未单独回答后诉中能否提起确认之诉的程序法问题,但无论从裁判理由还是从整体的裁定结果来看,答案应该都是否定的。

(二) 既判力范围例外不扩张的情形

作为一种较为少见的情形,最高人民法院也曾指出,“人民法院的生效裁判具有既判力,但该效力仅限于生效裁判的判项,对于‘本院认为’部分的认定,如有证据可以推翻的,在后裁判不受在先裁判的影响”^⑱。该院在其再审审查案件中也明确认为,原判只是在裁判理由而不是判决主文中认定了专利转让合同的效力,判决既判力范围并不包含该判断,也不存在超出当事人诉讼请求的问题。^⑲沿着上述思路,我们可以进一步考察裁判理由中对不限于合同效力的争点的认定与既判力的关系。在一个针对合同债务清偿的

⑬ 参见最高人民法院(2020)最高法民申 2951 号民事裁定书。

⑭ 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法立民终 3228 号民事裁定书。

⑮ 参见最高人民法院(2019)最高法民终 137 号民事裁定书。

⑯ 参见最高人民法院(2013)民四终 20 号民事判决书。

⑰ 最高人民法院(2018)最高法民终 135 号民事裁定书。

⑱ 最高人民法院(2019)最高法民再 384 号民事判决书。相反,当法院在普通破产债权确认的前诉中于裁判理由中认定了涉案工程量时,后诉法院则认为其“系已经生效判决认定的主要事实,该主要争议事实……经过各方当事人举证、质证并充分辩论后,……对该争议事实所作的实质性判决具有既判力”。参见最高人民法院(2019)最高法民终 302 号民事判决书。

⑲ 参见最高人民法院(2013)民申 2320 号民事裁定书;最高人民法院(2014)民申 60 号民事裁定书。下级法院对确认和给付请求属于不同诉讼标的、不构成重复起诉的理解,参见李亮、杨军:《合同继续履行的性质与适用》,载《法律适用》2015 年第 9 期,第 73 页。

前诉生效判决中,裁判理由中与债务相关的热电厂的归属的争点认定被认为不具有既判力,但是该认定能够发挥事实预决效力。^{②①}后诉案件涉及两个法律关系,即前述热电厂的确权和名义为借款、实质为建设工程款的返还。此时,最高人民法院从当事人之间整个纠纷解决结果的公平性(不能让一方当事人“赔了夫人又折兵”)的角度出发,认为在后诉中不能既以前诉为依据、认定热电厂归属于名义上的出借人(实为自筹资金,挂账在名义上的借款人处作为建设资金),又判令名义上的借款人返还本不存在的借款。因此,法院需要以基本事实错误为由裁定发回重审。^{②②}易言之,前述常常被认为不得通过另诉挑战的、裁判理由中认定的合同效力及其他争点问题,并不属于前诉判决既判力的客观范围。如果认为既判力的有无是判断能否提起后诉的标准,那么在暂不质疑我国前述普遍司法实践的前提下,此时可能存在某种额外的判断标准(比如大陆法系争点效理论或者英美法系争点排除效制度)。我们甚至有必要反思,大陆法系就既判力的共通命题是否同样适用于我国。^{②③}

最高人民法院部分二审判决甚至认为,虽然法院在民事诉讼中有依职权审查合同效力的权限,但是该审查的结果并不一定产生既判力。“另案当事人未对合同效力产生争议,另案一审、二审法院认为合同有效但未针对合同效力问题作出判决,另案生效判决对合同效力的认定并未产生既判力。当事人对合同是否有效作出的判断并不影响人民法院根据查明事实和相关法律规定对合同效力进行认定。”^{②④}或者说,该院认为法院依职权审查合同效力除了不受当事人主张的限制之外,只要前诉法院并未将合同效力作为独立判项/诉讼标的的处理,后诉法院也不受前诉法院审查结果的限制。在这个意义上,既判力的积极/消极作用在本案裁判说理中被打上了大大的问号。其观点反而类似大陆法系的通行见解。能够发现这种对立意见,并非单纯挑战了本文立论的可靠性,恰恰更提示我们本文关注的是一个司法实践中可能存在司法不统一的“真问题”,值得进一步观察大陆法系传统的内在要求并将其与我国主流实践逻辑深度比较。

三、既判力客观范围限缩模式及其扩张

(一) 既判力不向合同效力扩张的思路

总体来看,按照我国法依职权审查合同效力的习惯做法,作为给付判决前提的合同

^{②①} 学界也有主张“作为争议焦点经过充分的审理,并由生效裁判作出明确的认定”的“基本要件事实”应当发挥积极既判力的不同观点。参见王亚新、陈晓彤:《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条和第247条解析》,载《华东政法大学学报》2015年第6期,第16-17页。

^{②②} 参见最高人民法院(2011)民二终30号民事裁定书。此外,本案不应引用《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项,而应适用2001年《最高人民法院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。

^{②③} 参见陈晓彤:《比较法视角下中国判决效力体系化研究》,中国社会科学出版社2020年版,第125-132页;前注④,严仁群文,第548-554页。

^{②④} 最高人民法院(2018)最高法民终33号民事判决书。

效力争点通常也被纳入既判力范围,或者至少发挥类似公文书实质证明力的、生效判决事实预决效力。^{②④}与此对比,在大陆法系民事诉讼理论中,与给付判决中请求权本身相区分的是所谓先决法律关系(*präjudizielle Rechtsverhältnisse*),即请求权成立的先决要件,其典型情况即法官对合同效力的认定。从覆盖范围来看,给付判决既对应比如特定数额的金钱给付,又确认了相应的给付请求权本身,却不必然包含对先决法律关系的确认。

与前述我国实务中的例外理解相似,大陆法系通说一般认为,生效判决裁判理由部分的内容不产生既判力(德国《民事诉讼法典》第322条、日本《民事诉讼法》第114条和我国台湾地区“民事诉讼法”第400条),^{②⑤}也即裁判理由中对合同效力的认定不产生禁止重复起诉的效果。根据德国法,在前诉争点/先决法律关系构成后诉讼标的的时,前诉给付或形成判决原则上并不会针对诉讼标的所依赖的法律关系作出具有既判力的判断。^{②⑥}由于既判力与禁止双重起诉问题适用相同的诉讼标的的识别标准,在给付前诉提起之后,另行提起的确认之诉中的确认利益也不受前诉诉讼系属的影响。^{②⑦}不过,在明文规定诉讼抵销之外的既判力效果仅限于裁判主文的原则(德国《民事诉讼法典》第322条)的同时,德国法又允许当事人通过诉的声明,明确要求法院对先决法律问题的判断产生既判力,^{②⑧}这一特别的诉即所谓中间确认之诉(*Zwischenfeststellungsklage*)。

由于我国目前就这一机制的讨论仍有较大发展空间,本文主要借鉴德国法通说就其形成的稳定认识,并在此基础上形成对我国规则的思辨与建构。本文的目的不在于对德国相对成熟的制度与学说“照单全收”,而将重点放在同等程序保障功能的实现,即在我国通常更强调法官职权的审判模式下,使依职权审查合同效力规则扩张既判力的效果得以进一步正当化。

(二) 大陆法系扩张既判力的例外规则

由于对先决法律关系效力的确认在民事案件中常常具有十分重要的地位,大陆法系裁判技术中专门设置了所谓中间确认之诉/判决(德国《民事诉讼法典》第256条第2款和日本《民事诉讼法》第145条)。中间确认之诉所要求的、具有先决性的法律关系与独立确认之诉中的法律关系要件相同,即人与人或者人与物之间由具体生活事实产生的法律关系。相反,当事人不能针对法律关系的先决问题或者要素提起中间确认之诉。^{②⑨}即使是当事人与第三人之间的法律关系,在满足后述先决性要件并且在本案诉讼标的的之

^{②④} 参见前注④,严仁群文,第552页。

^{②⑤} Vgl. Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar ZPO, Band 1, 6. Aufl., 2020, § 322 Rn. 87 ff.; 松本博之=上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂, 2015年) 623-627頁; 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第446页。

^{②⑥} Vgl. BGH NJW-RR 2010, 640 (641), Tz. 15; Herbert Roth, in: Zivilprozessordnung (Stein/Jonas), Band 4, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 6.

^{②⑦} Vgl. BGH NJW-RR 2010, 640 (641), Tz. 16; NJW-RR 2008, 1495 (1499), Tz. 49.

^{②⑧} Vgl. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 97 Rn. 36, § 154 Rn. 14; Hendrik Albrecht, Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren, 2013, S. 206 f., 215 f.; Carl Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, Abt. 1, 1880, S. 291.

^{②⑨} Vgl. BGH NJW-RR 2018, 906 (913), Tz. 65; NJW 2011, 2195 (2196), Tz. 19; Ekkehard Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 256 Rn. 84.

外仍有意义时,也能与涉及独立确认之诉时一样,成为被确认的对象。^{③①}比如,在翻修工程合同的委托方起诉主债务人的保证人时,由于保证人可以根据德国《民法典》第768条第1款行使债务人享有的得利抗辩权(德国《民法典》第821条),因而委托方有权确认主债务人与保证人之间保证合同的效力。此时,被告与第三人间的保证合同构成原告与被告给付之诉的先决法律关系。^{③②}

中间确认之诉的特殊要求在于,上述法律关系应当具有先决性(Vorgreiflichkeit),这一先决性要求取代了确认利益,成为这种特殊的确认之诉中的特别诉讼要件。^{③③}根据德国《民事诉讼法典》第256条第2款的规定,先决性是指“本诉争议裁判完全或部分地取决于此类法律关系存在与否”。该法律关系被认为属于本案裁判涵摄结论中的必要组成部分。^{③④}或者说无论如何,该争议法律关系是否存在都会被本案裁判认定。^{③⑤}至于究竟如何认定涉争法律关系与案件中涵摄过程的关系,需要回到实体法上的请求权基础和一般的法律适用技术,当然这也与法官裁判的说理义务密切相关。

具体而言,涉及所有物返还请求权的诉讼中对所有权的确认,给付或形成之诉中对合同效力的确认,主张利息诉讼中对本金的确认,请求赔偿侵权财产损害和精神损害的诉讼中对全部损害赔偿义务的确认以及对债权让与效力的确认,都满足这里对先决性的要求。^{③⑥}如果原告仅提出了部分给付请求,那么债务人也可以提起中间确认反诉,请求确认合同不存在。^{③⑦}虽然原因法律关系(如买卖、借贷关系)的效力并非票据法律关系的必要构成要件要素,但是由于前者能够成为后者的抗辩,也可以被视为先决法律关系。^{③⑧}如果在提起中间确认之诉后原诉被撤回、被驳回起诉或者在未裁判该先决关系的情况下被驳回诉讼请求,由于该不独立之诉缺少实际存在的关联关系(“中间”的要求),只能在满足要件的前提下转化为独立确认之诉,否则即不满足诉讼要件而只能被基于程序理由驳回起诉。^{③⑨}

值得一提的是法官在案件中有多种说理可能的情况。德国通说认为,就前述对法律关系在裁判中必要性的要求应当作宽松理解,只要被中间确认的法律关系对法院可能采取的某一诉讼理由具有必要性和先决性即可,而不必仅以法院事实上采纳的裁判理由为准。^{④①}比如,原告承揽人请求被告定作人支付所承揽装修工程的劳动报酬,而被告认为工

^{③①} Vgl. BGH NJW-RR 2018, 906 (912 f.), Tz. 65; NJW 2018, 703 (704), Tz. 23.

^{③②} Vgl. BGH NJW 2011, 2195 (2196), Tz. 20.

^{③③} Vgl. BGHZ 197, 162 = NJW-RR 2013, 873 (875), Tz. 29; BGHZ 69, 37 = NJW 1977, 1637; Ekkehard Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 256 Rn. 81; [日] 伊藤真:《民事诉讼法》(第4版补订版),曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第423-425页。

^{③④} Vgl. Ekkehard Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 256 Rn. 85.

^{③⑤} Vgl. BGHZ 197, 162 = NJW-RR 2013, 873 (875), Tz. 28.

^{③⑥} Vgl. Herbert Roth, in: Zivilprozessordnung (Stein/Jonas)(Fn. 26), § 256 Rn. 104.

^{③⑦} Vgl. BGHZ 69, 37 = NJW 1977, 1637.

^{③⑧} Vgl. BGHZ 125, 251 = NJW 1994, 1353 (1354).

^{③⑨} Vgl. Herbert Roth, in: Zivilprozessordnung (Stein/Jonas)(Fn. 26), § 256 Rn. 105.

^{④①} Vgl. BGH NJW-RR 2010, 640 (642), Tz. 19; Ekkehard Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 256 Rn. 85.

程存在若干瑕疵,因而拒绝验收工程和付款。在一审法院部分驳回原告的诉讼请求后,被告在二审控诉请求中除了继续坚持驳回原告的诉讼请求外,还增加了就原告有义务补救屋顶隔热工程各项瑕疵的中间确认之诉。德国承担上告审功能的最高普通法院认为,该中间确认之诉满足诉讼要件的要求,此时不必考虑法院在支持被告有权拒绝验收并相应否定工资债权的到期(德国《民法典》第640条和第641条)时,是仅以某项工程瑕疵,还是以作为整体的全部工程瑕疵为依据。理由在于,法官没有选择某一说理路径的义务,当事人也无法预期法院作何选择,诉的合法性要件不应取决于法官在裁判说理选择的具体理由。^{④①}

从大陆法系的诉讼法理来看,中间确认之诉的主要意义就体现在承认当事人以提起该诉表达的、就既判力范围大小享有的处分权。^{④②}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。原则上,民事司法程序应当保障当事人就争点的另诉机会。只有在满足当事人的明确意思表示和法院有意识的程序保障的双重要件时,法院才可以例外地将本诉中的先决争点问题一并终局解决。^{④③}除了最为常见的中间确认之诉以外,当事人还可以通过伴随给付请求提出的独立确认之诉(需要满足独立的确认利益要件)和随后提出、能够补充生效判决主文内容的确认之诉(titelergänzende Feststellungsklage)的方式,将先决法律关系纳入既判力范围。^{④④}

虽然如前所述,在中间确认之诉的合法性审查中,法律关系的先决性替代了一般确认之诉中的确认利益要件,在满足先决性的要求时,通常也应承认存在诉的利益/权利保护必要。但是,作为一般性要求,权利保护必要要件仍然在确认利益之外存在适用空间。^{④⑤}如果本案诉讼已经完全覆盖了当事人之间的法律关系、中间确认的对象仍然属于原诉的诉讼标的和既判力的范围,^{④⑥}法院也可能例外地否定此时权利保护的必要。相反,如果先决关系在原有既判力范围之外可能发挥作用,就应当肯定中间确认之诉的合法性。^{④⑦}此时,司法实务中最为常见的是双方就先决法律关系中其他请求权产生争议的情形。^{④⑧}比较复杂的则是,即使本诉和反诉中提起的多个实体请求权已经涵盖了双方法律关系下的所有诉讼可能(也就是说纠纷经过本诉已经能够得到解决,没有另诉必要),法院也承认这些请求权的先决法律关系具有被中间确认的资格。^{④⑨}比如,原告委托人与被告建筑商之间存在建筑合同,双方就原告发出的通知解除究竟构成基于重大事由的解除

^{④①} Vgl. BGH NJW-RR 2008, 262 (263), Tz. 11 f.

^{④②} 此外,该制度也能配合我国在立法论上可以考虑的当事人集中诉讼(管辖)责任。参见赵秀举:《论确认之诉的程序价值》,载《法学家》2017年第6期,第115页。

^{④③} 参见曹志勋:《反思事实预决效力》,载《现代法学》2015年第1期,第133页。

^{④④} Vgl. BGHZ 183, 77 = NJW 2010, 2210 (2212), Tz. 15, 18; BGH NJW 2019, 71 (73), Tz. 20.

^{④⑤} Vgl. Christian Seiler, in: Zivilprozessordnung (Thomas/Putzo), 40. Aufl., 2019, § 256 Rn. 28 f.

^{④⑥} Vgl. BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82 (83), Tz. 12.

^{④⑦} Vgl. BGHZ 125, 251 = NJW 1994, 1353 (1354); BGHZ 69, 37 = NJW 1977, 1637 (1638).

^{④⑧} Vgl. Othmar Jauernig/Burkhard Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 35 Rn. 25.

^{④⑨} Vgl. BGH NJW 2018, 549 (550), Tz. 25.

还是任意解除各执一词。原告在本诉中请求返还此前多付的金钱、由第三方继续完成工程的额外花费和工期拖延造成的损害赔偿,被告则提出反诉请求由鉴定及复印费造成的损害赔偿、结算后的剩余工程款以及就因合同通知解除而未履行部分的补偿金等款项。德国最高普通法院首先认为,通知解除的不同事由能够导致不同的后续法律后果,因而能够成为构成确认之诉对象的法律关系。^④随后,法院指出其可以就先决法律关系作出部分判决,此时该部分判决仍可以对后续的部分判决及余部判决发挥实质既判力。法院同时认为在本案中,对于原告方在完工后的额外花费和被告方的通知解除补偿金来说,通知解除的事由都构成先决法律关系。就该事由作出部分判决,也能避免未来就本诉和反诉产生冲突裁判,因而也满足法院作出部分判决的程序要求。^⑤

四、依职权审查与限缩模式的原理比较

(一) 既判力限缩模式的内在审判逻辑

由上可见,在合同效力判断是否纳入既判力范围的问题上,以德国为代表的大陆法系传统与我国依职权审查合同效力规则采取了不同立场。在我国的既判力扩张模式下,法院通过行使审查合同效力的职权自动扩大了生效判决的既判力范围,在随后提起、涉及合同效力判断的诉讼中,不再考虑以该争点在前诉审理中的实际情况来判断是否产生既判力。于是,相关直接针对合同效力的后诉的命运是被裁定不予立案或者驳回起诉。而在只是将合同效力作为争点审理的后诉中,法官则应将前诉对合同效力的认定作为进一步审判的基础。与此不同,在德国的既判力限缩模式下,前诉已经涉及并认定的合同效力问题原则上可以被再次争议,此时双方可以就相关争点首次或再次举证和辩论,前诉中一方获得有利判决时所依赖的诉讼资料仍然可以再次发挥贡献。只有当一方当事人在前诉中明确提出中间确认之诉时,前诉生效判决的既判力范围才同时覆盖法官对合同效力的认定。

为了比较依职权审查与限缩模式这两种有代表性的理论方案,我们首先需要试图理解既判力限缩模式的内在审判逻辑。在涉及合同效力的给付之诉中,不同进路的选择主要源于对诉讼争点与给付请求关系的认识差异。对于相同的给付请求,涉及先决法律关系/案件争点不同,诉讼资料也可能不同。诉讼资料的不同,同样也会导致案件审判方向的差异。与应当由当事人积极行使的民法上抗辩权不同,法官应当依职权审查作为民法上抗辩的合同效力,主张法律行为无效的一方当事人原则上仍应承担主张和证明责任。^⑥在基于合同提出的交付买卖标的物或者违约损害赔偿之诉中,法官确实应当审查请求权

^④ Vgl. BGH NJW 2013, 1744, Tz. 16 f.

^⑤ Vgl. BGH NJW 2013, 1744 (1745), Tz. 19 f. 虽然德国裁判并未提及法院就先决法律关系作出部分判决之后,双方将享有进一步谈判的共同出发点,但是笔者认为这也是理所当然。

^⑥ 参见袁中华:《违约责任纠纷之证明责任分配——以〈民法典〉第577条为中心》,载《法学》2021年第5期,第106-109页。

发生与请求权未消灭的全部要件。只有在法院认为没有任何要件事实能被证伪或者存疑时,其才能依照原告的诉讼请求作出给付判决。但是,这种实体法上的安排也不必然意味着同时将这种审查的结果纳入生效判决既判力的客观范围。

在驳回诉讼请求的判决中,因为法官可能选择合同效力之外的实体事项作为否定实体请求权成立的理由,合同效力并不必然成为法官审判的对象。在案件存在先决问题时,比如在支付价款的请求中合同是否成立成为争点,如果合同自始并未成立,那么当然不必论证其后是否存在欺诈的撤销事由。但是,在按照实体法本来应当随后审查的事项显然不成立时,比如请求权已经经过时效,也不必再试图认定被告对侵权行为的责任或者是否存在其他的共同侵权人。^{③②} 易言之,在同一个请求权基础可能基于多个理由不成立时,原则上只需要论证其中最确定、最有说服力的理由。^{③③} 即使在欧盟法采取核心点理论的当下,德国主流学界对其国内法仍保持自信,拒绝将先决法律关系与给付请求等同起来。^{③④} 这种模式容忍了两诉判决相互矛盾的可能,因为如果相反选择扩大既判力范围,将可能导致判决效力的不确定以及不可预见的“远程效力”。^{③⑤}

相对复杂的是法院作出基于合同的给付判决的情形,此时需要解释为何法官有义务审查合同效力,却未能充分发现合同效力瑕疵的案件事实。需要考虑的是,在合同案件中,法官固然有全面审查的抽象权能和就此向当事人发问的具体职权,但是其仍无法纯粹通过假想现实中可能出现的各种“光怪陆离”的情形完成其审判任务,而是要以当事人提出的案情为依据,作出法律上的评价。对于因意思表示虚假而无效的情况,即我国《民法典》第146条第1款规定的情况来说,隐藏的真实合意很难从虚假的合意本身被识别,常常只能经由一方当事人进一步提供的信息来确定。比如,以2019年第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民纪要》)第102条规定的未在票据背书时的转贴现协议为例,为了考察当事人之间是希望达成转贴现合同还是借款合同法律关系,需要判断其真意,显然不可能只以当事人的《商业承兑汇票转贴现合同》为基础,而同时需要其他事实与证据的支持。对于双方当事人恶意串通损害案外人利益的情形(我国《民法典》第154条),法官虽然完全有可能凭借审判经验与“一双火眼金睛”识破骗局,但其审查仍然以法官发现端倪与表征为前提,否则很难意识到双方之间的“法锁”会影响何人的利益。即使就合同因违法或违背公序良俗而

③② Vgl. Michael Huber, Das Zivilurteil, 2. Aufl., 2003, Rn. 397.

③③ 德国最高普通法院也肯定了这种做法,默许了前诉地方法院将合同效力问题暂置一旁的态度。Vgl. BGH NJW-RR 2010, 640. 如果我国采取旧实体法说的话,那么这里可能涉及的并列诉讼理由将会大大减少,因为在请求权竞合时,不同实体请求权(基础)将构成独立诉讼标的,而非诉讼理由。就这一实体法与程序法交叉问题的讨论,参见张家勇:《中国民事责任竞合的解释论》,载《交大法学》2018年第1期,第5-11页;赵秀举:《论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调》,载《交大法学》2018年第1期,第23-32页。

③④ Vgl. Hans-Joachim Musielak, in: Zivilprozessordnung-Kommentar (Musiellak/Voit), 18. Aufl., 2021, Einl. Rn. 72a; Christoph Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 472 f.

③⑤ Vgl. BGH NJW 2003, 3058 (3059); Petra Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn. 701; Beate Gsell, Anm. zu BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 11009, ZJS 2010, 258; Carl Hahn (Fn. 28), S. 290 ff., 607 ff.

无效(我国《民法典》第153条)的情形而言,法官也许确实可以通过审查与合同成立及生效相关、被当事人已经陈述的事实主张来判断,但此时仍有可能需要进一步的间接事实,而这仍然需要当事人的协助。^{⑤6}

对于自然人的民事行为能力(我国《民法典》第143条第1项和第144—145条)这一实体胜诉要件的内容,且不论此时较为例外地、可以通过依职权审查属于诉讼要件的诉讼行为能力要件来附带完成,^{⑤7}法官审查成年人是否罹患严重精神疾病,要以其看到相关事实主张或者在庭审中觉察到异样为前提。很难想象,法官仅因为其有依职权审查合同效力的义务,就要求每一个其审理案件的当事人都提交无精神病且能完全辨认自己行为(我国《民法典》第21条第1款和第22条)的鉴定意见或其他证明材料。甚至,对于诸如重大误解、欺诈、胁迫与显失公平的意思表示不真实的事由(我国《民法典》第147—151条),法律直接规定了撤销权与形成诉权。于是,虽然法官需要在请求权发生层面认定合同未被撤销,但是其并没有就此自行审查法律行为效力的权限;只有在当事人及时以提起形成之诉的方式行使撤销权时,法院才有权对其加以审查。与此相似的是合同解除的规定,虽然法官需要在请求权消灭层面认定合同是否被解除及是否产生广义债观念下的清算关系,解除权也需要当事人主动行使。^{⑤8}

总之,固然我们要承认对合同效力的一般性审查义务,但是也必须认识到这种审查并非“无本之木”,而必须以法官基于既有的诉讼资料发现了“蛛丝马迹”为前提。法官能做的是“顺藤摸瓜”,而无力在每个案件中都做全方位的审查。这既不现实,又不必要,是对司法资源的浪费,甚至可能被理解为无理刁难。回到对我国司法现实的深度观察,我国法官在很多类型的合同案件中,也可能由于把审判精力放在双方自主形成的争点上,没有行使对合同效力的审查权。而在另一些比如涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的案件中,法官则很可能由于熟悉“效力性强制性规定”(《九民纪要》第30条第2款),更主动地行使该审查权。这不仅常常引发法官对“同案不同判”的思考,在商事仲裁领域也可能体现出不同背景的仲裁员的习惯与风格,是广义上的裁判者共同面临的现实选择问题。实际上,上述特定案件领域中被特别关注的“政策性因素”,本身就是长期案件审判经验积累形成的,属于虚假行为与隐藏行为和恶意串通损害案外人利益两类案件中需要特别注意的端倪。这也可以套用在民间借贷案件中,此时需要适用2020年第二次修正后的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2020〕17号)第18和19条的规定,审查虚假的民事诉讼并施加相应的

^{⑤6} 无论理论上认为间接事实成为辩论主义的对象(德国)还是当事人是否将其提出不约束法官(日本通说),法官都应在审理间接事实时行使释明权,以避免程序保障的缺失。新堂幸司『民事訴訟法』(弘文堂,2019年),472—480、587頁参照;三木浩一—笠井正俊—垣内秀介—菱田雄郷『民事訴訟法』(有斐閣,2018年),209—213頁参照。

^{⑤7} 但此时也应坚持当事人的事实主张对法院的约束力。参见袁中华:《论民事诉讼中的法官调查取证权》,载《中国法学》2020年第5期,第190—192页。

^{⑤8} 关于合同无效、可撤销与解除之间的穿透性思考,参见陈自强:《契约无效与解除返还效果之比较》,载《月旦法学杂志》2020年第12期,第118—140页。而且,我们也应从《民法典》第565条第2款对诉讼解除效果发生时间的规则出发,在程序法层面将诉讼解除理解为确认之诉。

制裁后果。抛开由于辩论主义在事实主张与证据提出方面的限制,法官无法切实完成实体法上主动审查合同效力的要求的情形,我们要关注法官在个案审查中未能激活该义务的实然状态与缘由,也需要反思法官本应履行应然义务的假说本身。

(二) 既判力的范围与当事人的处分权

在一方当事人明确希望有约束力地确认先决关系/合同效力时,无论我国依职权审查规则还是德国的中间确认之诉机制都有相同的效果,即原则上禁止就合同效力问题重复起诉。此时,另一方无论是否对此采取反对态度,都并不重要。就此而言,不宜孤立地观察裁判理由及其中的先决法律关系是否发生既判力。^⑨对比来看,我国实践中相当一部分当事人也会主动在给付请求之外同时提出确认合同效力的请求,这实际上与中间确认之诉在形式上十分相似。在我国既有依职权审查模式下,法官同样应当在判决主文中专门回应该确认请求。^⑩不过,如果依职权审查规则被认为已经辐射到对合同效力的认定并且产生排除另诉的效果,那么附带提出的确认请求并不会扩大既判力的范围。反之,在当事人仅提起给付之诉时,并不能简单将当事人的意思反推为其通过对诉的声明的处分,拒绝使法院对先决法律关系的确认产生既判力。

决定既判力范围的是当事人在本案中的诉讼意思,即其对处分权的行使范围。中德两种模式的区别在于默认当事人扩大既判力范围的意思(依职权审查)还是要求当事人必须额外地明示起诉(中间确认之诉)。考虑到双方当事人可以分别通过起诉/反诉影响本案的诉讼标的,只要有一方表达确认合同效力的约束意愿时,德国模式就能扩张其既判力范围。由此拓展思考的是,在充分尊重当事人处分权的极端情况下,也许当事人应享有“一票否决权”,即只要有一方当事人不同意,案件中的既判力范围便不可扩张至合同效力事项。该极端方案并未被中德两国采纳。究其原因,可以说是在“程序保障”和“当事人处分权”两者之间更侧重本文重点关心的“程序保障”,因而在一定程度上减少了对处分权的重视。但是笔者认为,一方当事人享有处分权所具有的决定性作用,恰恰体现了民事诉讼中对处分权主义的理解,即原被告双方都有权以起诉的方式行使其诉讼法上的处分权,并且由此能够确定法院行使审判权的对象。诉讼标的与既判力范围的判断,固然取决于在民事诉讼中发起攻击一方的意思,而无需考虑防御一方的意思;但是发起攻击一方并不限于最先起诉的原告,本诉被告也可以通过提起反诉来获得反诉中攻击方的地位。就此而言,双方当事人的处分权可以说是平等的(但不是完全等同的)。

甚至在当事人表达扩大既判力范围的意思时,德国模式下的范围有可能比我国模式下更大。在德国模式下,当事人通过中间确认本诉或者反诉行使处分权后,先决法律关系的效力就将由于被纳入既判力范围而无法被再次提起。相应地,在前诉的诉讼标的构成后诉中的先决问题时,后诉法官受到前诉裁判既判力的约束。比如,在前诉确定了物的所有权归属或者合同给付的义务时,随后主张所有物返还请求权或者违约损害赔偿及

^⑨ 参见前注④,严仁群文,第553-554页。

^⑩ 参见前注③,曹志勋文,第209-211页。

违约金的案件,必须以前诉的主文判断为前提。^{⑥1}此时,由于先决法律关系直接成为前诉诉讼标的的内容,当事人已经获得了被充分关注的机会,并不会出现突袭性裁判的担忧。从民事诉讼原理来看,原被告均应有在某次诉讼中将实体法事由提交法院解决纠纷的机会,或者说当事人天然享有诉权且有权消耗其诉权。^{⑥2}这里的重点在于机会的有无,至于相关事由在事实上是否真的被充分考虑过,则在所不问。而在我国模式下,暂且不论对合同效力是否释明、如何在形式上识别上述禁止重复起诉的范围,现行法要求法官必须将其作为焦点审理。与德国模式下实体法事由只要能被本案诉讼标的覆盖即被排除不同,在我国模式下这些事由必须在事实上成为诉讼中的审理焦点。如果将这一要求理解为诉讼行为义务而非没有约束力的注意规定,那么此时该义务的后果应当是,如果未作为焦点审理,则不得排除另诉。此外进一步从比较法来看,德国模式就先决法律关系排除另诉的范围比得到广泛关注的争点效理论^{⑥3}更广。原因在于,德国模式对另诉的排除不要求争点在事实上被审理,而争点效不能适用于事实上未被审理的争点。这导致争点效的要件比德国模式更严格。

就合同效力的认定(暂时不考虑该认定在重复起诉规则解释论中对给付之诉的影响)而言,我国和德国两种模式的区别在于另外两种诉讼场景,即当事人对合同效力认定的效果未明确表态和双方当事人反对将合同效力纳入既判力范围的情况。一方面,在当事人未明确表态时,我国法默认判决既判力范围包括先决法律关系,而在德国法下,由于当事人没有明确的中间确认意思,既判力范围则被默认不包括先决法律关系。为了使我国既判力扩张的结论正当化,在当事人表态不明时法官需要通过释明行为促使当事人表态并展开相应攻防,避免当事人及其律师由于不清楚诉讼法理上的差异而产生误判。这种释明既应包括澄清当事人的意思,^{⑥4}又能对应既判力释明。另一方面,对双方一致表态反对扩张既判力的情形(暂且不论其在实践中确属少数),则需要探讨这种反对合意/诉讼契约对法院是否有约束力。在不认可该诉讼契约的效力时,我国判决的既判力将按照一般规则,覆盖判决中对先决法律关系的认定。相反在认可该约定的诉讼法效力时,判决中就合同效力的认定将不发生既判力。在后一种情况下,我国民事判决的既判力范围将变小,而与德国法上未提起中间确认之诉时的情形相同。

⑥1 Vgl. BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252 (1254); BGH NJW 2008, 1227 (1228), Tz. 9; NJW 2003, 3058 (3059); NJW 1993, 3204 (3205); Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald (Fn. 28), § 152 Rn. 15; Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 322 Rn. 52 f.

⑥2 参见吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期,第128页。

⑥3 参见郭翔:《民事争点效力理论研究》,北京师范大学出版社2010年版;林剑锋:《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版,第78-116页; Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 322 Rn. 54 ff.; 新堂幸司·前掲書^{⑥4}718-732页。

⑥4 参见张卫平:《民事诉讼“释明”概念的展开》,载《中外法学》2006年第2期,第137-138页。

五、对我国依职权审查规则的实质改造

（一）合同效力应成为审理焦点

针对既判力效果改造我国依职权审查规则的关键在于对民事诉讼中审理焦点的理解。在我国法上,法院除了能够自主决定将合同效力问题纳入审理范围之外,在程序上也应将其作为案件审理中的焦点问题。这里具体分为当事人自行形成的争点、法院与当事人的意见分歧和在法院与当事人意见一致时的特别提示三种情况。

首先,《民事诉讼法解释》第226条指出,人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况,归纳争议焦点,并就归纳的争议焦点征求当事人的意见。促成争点的清晰化是法官审判工作当中的重要任务。^{⑥5} 为了达到程序加速和促成和解的目标,法官在审前阶段应当尽可能通过其整理,限缩争点的范围。^{⑥6} 这不仅有利于其后续正式开庭审理,也有利于审理结束后作出内容正确并且说理充分的判决。在双方当事人就合同效力各执一词时,合同效力有无应当成为案件争点,并由法院在裁判理由中详细分析。^{⑥7}

其次,在当事人之间没有争议、但法院与当事人持不同意见时,根据2019年《证据规定》第53条第1款前句的规定,法院也应当在举证时限与证据交换阶段,将民事行为能力作为审理焦点处理。甚至在2019年《证据规定》施行之前,最高人民法院也可能在依职权审查并释明法律关系性质后,将其继续作为焦点审理(《九民纪要》第36条第3款)。^{⑥8} 从依职权审查的本意出发,这种审理焦点虽然产生于法院与当事人之间,但是也可以被理解为案件争点,将来也同样应当在裁判文书说理中被重点对待。值得注意的是,2019年《证据规定》第53条第1款后句规定,如果法院在审前和庭审阶段都认为法律关系性质^{⑥9}对裁判理由及结果没有影响,那么“没有让当事人对此问题进行辩论的必要,人民法院自然没有将此问题作为焦点问题审理的必要”^{⑦0}。由于此时并未提及合同效力问题,似乎可以认为合同效力并不属于该规则的适用对象。因此,法官只要与当事人就合同效力的认识不同,就必须将其作为审判焦点。在此基础上,2019年《证据规定》第53条第1款后句规定的“有关问题已经当事人充分辩论”例外规则则指出,无论是由双方自主发起及对抗还是由法院主动将其作为审理焦点,双方都应当就合同效力有无展开充分辩论。易言之,焦点审理在效果上应当实现辩论的充分性,穷尽所有与合同效

^{⑥5} 参见刘韵:《精细化诉讼程序视域下民事诉讼争点整理现状及其发展——基于规则和裁判文书的实践分析》,载《法学家》2021年第2期,第131-146页;熊跃敏:《民事审前准备程序研究》,人民出版社2007年版,第240-263页。

^{⑥6} 参见孟醒:《争点整理实效化的模式探索与完善》,载《中南大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第75-86页。

^{⑥7} 实务中也存在相反做法。参见最高人民法院(2018)最高法民终1345号民事判决书。

^{⑥8} 参见最高人民法院(2019)最高法民申5589号民事裁定书。

^{⑥9} 参见于程远:《论法律行为定性中的“名”与“实”》,载《法学》2021年第7期,第97-112页。

^{⑦0} 前注②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第502页。在认识不一致之外还应考虑变更诉讼请求必要性的观点,针对的也是此类例外。参见曹云吉:《释明权行使的要件及效果论》,载《当代法学》2016年第6期,第116-121页。

力相关的可能争议。这既全面给予当事人发表意见的机会、要求法官保障当事人充分的辩论权,^①又提示当事人如果此时不全面提出对本方有利的、实体法上的事由,未来有可能没有再次主张的机会。换个角度看,只要完成了充分辩论,法院就可以依其对合同效力的认定作出裁判。^②于是,如果当事人自行就合同效力发表意见并形成观点交锋,并且法官认为已经达到充分的程度,那么并不必在诉讼过程中向当事人开示其认定结果,而是可以直接将其认定体现在裁判文书中。

最后,从重构重复起诉规则的角度看,存在进一步问题的是案件中无论法官与当事人之间还是当事人双方之间均未形成争点的情况。在这种情况下,由于诉讼程序中出现各方主体并无分歧,即使潜在存在妨碍合同效力的事由或者案件已经或者将要侵犯公共利益或者案外人的利益,客观上也没有进一步审查的端倪。由于双方当事人对合同的有效或无效的认识都是相同的,而只是在此基础上对给付请求存在不同立场,那么固然“当事人之间发生法律关系所依据的合同效力是处理当事人之间纠纷的基础”^③,法官仍有依职权审查合同效力的义务。但是,法官在没有具体疑点的情况下,并没有争点需要其处理,因而似乎只需要写明“意思表示真实,内容不违反法律行政法规的强制性规定,合同有效”^④即可满足审查义务的要求。而笔者认为,在依职权审查合同效力的我国模式下,此时也有必要将合同效力问题作为审理焦点处理,以配合合同效力问题未来面临的禁止重复起诉的诉讼效果。

(二) 成为审理焦点的两种意义

将合同效力问题作为法院的审理焦点,具有消极和积极两方面的意义。其消极意义在于,这能避免在当事人由于疏忽未注意到合同效力的法律问题时,法官径自作出突袭性裁判。^⑤当事人获得了针对该争点发表意见的机会,其程序权利得到了相应保障。^⑥当然,实务中确实可能出现法院直接依职权认定合同无效的情况。就此而言,虽然最高人民法院曾经认为“未就合同效力的法律适用问题向当事人释明,相关问题未经当事人庭审辩论,确有不妥,但判决结果并无不当”^⑦,但这可能更多体现的是再审申请审查程序的特殊性,尚不能代表某种司法通说,不宜推而广之。换一个角度,从文义来看,2019年《证据规定》第53条第1款前句似乎存在一定逻辑上的倒置,即法院先确信其就某事项有与当事人不同的法律意见,随后才应将涉争事项作为审理焦点。这里可能凸显“先定后

^① 参见王福华:《辩论权利救济论》,载《法学》2020年第10期,第93-106页。

^② 参见前注②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第503页。

^③ 最高人民法院(2015)民提232号民事判决书。

^④ 最高人民法院(2020)最高法民终264号民事判决书(一审判决)。

^⑤ 参见杨严炎:《论民事诉讼突袭性裁判的防止》,载《中国法学》2016年第4期,第266-286页;段文波:《德国法律适用突袭问题之对策与启示》,载《法律科学》2011年第6期,第190-199页;熊跃敏:《民事诉讼中法院的法律观点指出义务》,载《中国法学》2008年第4期,第119-127页。

^⑥ 参见前注②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第502页。

^⑦ 最高人民法院(2015)民申1803号民事裁定书。

审”的不当做法,好像法院纯粹是为了避免突袭性裁判,而在形式上给当事人发表意见的机会。笔者认为更正确的解释应该是,法院如果要在比如当事人主张合同有效时认为合同因为双方未能达成合意而未成立(广义上的合同无效),那么必须在就意思表示一致存疑时向当事人释明这种疑虑。随后法院将要求双方发表意见,从而在结果上实现对该争点的焦点审理。易言之,该规则的重点在于焦点审理的必要性,而不是时间上的先后顺序。此时,焦点审理应当被视为相关效力认定的前提条件,该规则在性质上属于裁判规范。在这一意义上,焦点审理应当切实成为辅助法院形成心证的程序工具。

而就法官与双方当事人对合同效力的认定一致的情形来说,突破现行法规则将合同效力作为焦点审理也有其正面意义。首先,我国现有的审理前准备程序与两大法系审前程序区别较大,正式开庭也不得不承担部分争点整理的功能。^{⑦⑧}就此而言,法院也可能在开庭时才发现自己不认可当事人就合同效力的认定,于是才确定其应当成为审理焦点。尤其在适用合议制审判时,审判长应当宣布休庭并讨论形成合议庭的多数意见,进而在法庭调查和辩论阶段将合同效力归纳为争议焦点之一。^{⑦⑨}易言之,由于民事诉讼的动态性,^{⑧⑩}法官与当事人的一致意见本身就有可能随着诉讼进程的推进而发生变化。甚至,法官可能在将合同效力作为争点审理后,通过发问与质询,才发现了合同效力方面的疑点,进而通过实质审理推翻了自己此前的初步认定。

其次,我们要注意到当事人选择的防御策略与前述法官在驳回诉讼请求时的审判逻辑的关联性。被告可能由于错误的事实或法律观点评价而只提出了其认为当然成立的理由,比如诉讼时效的抗辩事由,并且出于“省事”、节约时间或法律服务成本等现实理由,没有尝试从合同效力角度论证,比如违法或背俗事由的存在。然而,法院固然与当事人就合同效力的认识相同,但是可能与被告就抗辩事由的理解不同(比如法院认为诉讼时效曾经中断)。同时,法院此时并未自行发现关于合同效力的疑点,于是支持了原告的诉讼请求,这样也会浮现突袭性裁判的隐忧。虽然一般而言被告必须提出所有可能的抗辩事由,但是我们也完全可以理解被告上述选择性抗辩的原因。如果能够提示法官在认为诉讼时效抗辩不成立时要给当事人进一步发表意见的机会,应当有助于提高本次诉讼在本审级的纠纷解决效果。

最后,即使一审法官自始至终就合同效力与双方当事人理解相同,其也应当考虑未来可能的二审程序以及可能的另诉,将合同效力作为审理焦点。此时,固然一审法官不存在突袭性裁判的情形,但是考虑到二审法院同样将全面审查合同效力,为了避免二审由于基本事实不清而发回重审造成程序拖延,也可以考虑在一审程序中强化对合同效力的审查。就此而言,司法资源的有限性与违背法官临时判断的强制审查亦较难推翻其前

^{⑦⑧} 站在这一基础上主张建立期日型(而非独立的)审前准备程序的观点,参见段文波:《庭审中心视域下的民事审前准备程序研究》,载《中国法学》2017年第6期,第203-220页。

^{⑦⑨} 参见前注②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第503页。

^{⑧⑩} Vgl. James Goldschmidt, Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens, 1925.

见的可能性,该审查本就是依职权审查合同效力规则施加的司法裁判义务,此时的方案只不过更突显法官“三思而后行”的必要性和实质化改造现有规则的实效性,最终证成既判力范围的扩张。

与焦点审理在前述不同情况下的消极意义相对的是其积极意义。通过成为审理焦点的方式,法律关系的效力能在审理过程中得到彻底澄清,或者至少使当事人得到能够充分发表意见的机会。以本案裁判为标准,此时本案中如果已经实现了事前的全面审理,就无须等待后诉在事后继续审理剩余争议。具体而言,比较具体案件中合同效力可能出现的瑕疵与法官最终实现的审理效果,这里可能出现以下四种诉讼场景。第一,当事人本就主动充分准备了与法律关系相关的问题,这样无论是否有上述焦点审理的程序规定,都本就能够实现全面审理。此时,在本案一次性解决纠纷之后,无疑应当产生排除另诉的效果。第二,当事人本未考虑就比如合同效力问题展开辩论,那么法院主动将其作为焦点处理就实现了提示功能。^⑩于是,当事人加强了诉讼准备(比如提及了新的无效事由或者以诉的追加提出了合同可撤销事由),最终同样在正式庭审中达到与第一种情况相同的效果。第三,纵使法院已经将合同效力作为焦点审理或者作出了《九民纪要》第36条下就诉的预备合并的释明,使当事人意识到有另一种完全不同的审判思路,当事人仍然可以出于自信或者诉讼策略决定“一条路走到黑”,拒绝就合同效力在个案中可能出现的疑点进一步辩论。此时只是从法院的角度完成了(形式上的)焦点审理,而形成焦点所要求的实质对抗并未出现。第四,虽然当事人就合同效力已经补充辩论,但是由于其个人能力有限或者案情的局限,他自己仍未能发现案件遗漏了合同不成立、可撤销或者无效的事由。此时,当事人同样没有实现就具体合同效力争点的实质对抗,而法院由于缺少必要的端倪,客观上也无法完成自己的依职权审查。

当然,前面四种情况考虑的都是对于在发现客观真相后真实存在的、实体法上的合同效力瑕疵,法院是否完成了实质审理。转而回到民事诉讼的视角,双方当事人已在己方前诉败诉后,都可能重新检视并复盘前诉,并且在此基础上挖掘“拿得出手”的挑战理由。由于后案法官在审理前无从得知在发现客观真相后的正确答案,无法以正确答案作为评价的基础,因此只能回到诉讼标的理论,判断相关事项的再次争讼是否被前诉生效判决的既判力或类似效力排除。在对合同效力的认定未成为诉讼标的时,该排除另诉效力缺乏诉讼法理上的正当性。特别是在司法实践中当事人也可以同时提出给付请求与确认合同效力请求时,可以考虑对合同效力问题以是否明确成为诉讼标的为标准,分别制定不同的既判力规则。

(三) 程序性标识与既判力释明

由上可见,2019年《证据规定》第53条的实质是对依职权审查效力规则的实质化改造,即满足条件的合同效力问题应当作为焦点审理,借此在前诉中达到与当事人就合

^⑩ 参见任重:《我国新诉讼资料释明的反思与重构》,载《当代法学》2020年第5期,第134页。

同效力提起另诉时相同的审理效果,从而正当化禁止就此重复起诉的程序后果。从价值目标来看,这种做法也希望达到与比较法上中间确认之诉相同的效果,即促使在本诉中一次性解决相关纠纷。易言之,虽然我国模式中没有中间确认之诉之名,但是同样能适用中间确认之诉的审理技术。而在此基础上,笔者主张当法官与双方当事人意见一致时,合同效力认定也应当成为审理焦点。

不过,德国法上的中间确认之诉具有独立的诉讼请求和判决主文,作为独立诉讼标的的内容也能够被本诉及后诉各方当事人及法院直接识别,足够醒目。而我国法上的焦点审理方案则隐藏在法院对案件的推进上,在很大程度上受制于个案法官的审理习惯,这种实践做法在我国仍具有较大的完善空间。如果不能通过恰当方式告知当事人合同效力是本案的审理焦点、产生禁止再诉的效果并且以适当方式记录,那么当事人仍可能无法实质参与就合同效力的辩论,上诉和后诉审理的法院也不一定能准确发现在先法院已经开展并很可能已经完成的审判工作。只有在能够充分获悉其诉讼行为的效果时,当事人才能就诉讼进程与诉讼结果承担自我责任,由此现代民事诉讼制度才得以建构。同时,对程序性标识的强调同样也将对法官履行审查义务产生积极影响,本来对此不够重视的法官将由于程序性限制而得到提醒,进而慎重思考其就合同效力依法裁判的必要。实际上,争点整理的结果与整理争点的过程本身都是争点整理程序的要害所在^⑧,在此基础上才能实现民事诉讼的实质化与精细化。

在我国法律未对生效判决的既判力范围作出明确规定的背景下,法官应当明确向双方当事人说明,通常限于判决主文的既判力客观范围也纳入了裁判理由中就先决法律关系的认定。这种释明迎合了我国当事人常常主动在给付请求之外同时提出确认合同效力的请求的实践做法,在裁判技术上则与外国法上的中间确认之诉制度实质相同。易言之,将合同效力作为审理焦点需要法院向当事人释明制度的配合,这里释明的内容是法官在本诉中就相关事项的判断将发生既判力。一方面,从诉讼行为来看,法官就既判力的释明能在行为意义上提示当事人就合同效力充分主张和举证,在结果意义上告知其原则上不能就此再起争议。应当避免当事人“在前案中或在前案之前未得到过相关的失权警告”的现象,^{⑧3}这类似于日本学说中认为“妥善的释明权行使能够为失权效的扩大化提供正当化依据”^{⑧4}。通过这种方式,焦点审理方案将为对先决法律关系的裁判奠定更坚实的诉讼资料基础(裁判借此更可能更正确),也会为当事人提供相当于中间确认之诉的程序保障。就此而言,2019年《证据规定》第53条第1款虽然省略了“应当告知当事人可以变更诉讼请求”的原有规定,但并非明文禁止法院释明,而只是将该释明的

⑧2 参见沈方维等:《争点整理结果与争点简化协议之辨明》,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨(廿五)》,元照出版有限公司2021年版,第1-106页。

⑧3 参见严仁群:《诉讼标的之本土路径》,载《法学研究》2013年第3期,第106页。

⑧4 [日]山本克己:《“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的诉讼标的论争》,史明洲译,载《清华法学》2019年第6期,第9页。

内容归入释明权即“可释明”的范围,^{⑧5}从而符合我国一贯追求的一次性纠纷解决^{⑧6}的制度目标。甚至在立法论上,未尝不能从依职权审查合同效力的职权性出发,使该裁量权进一步被强化、“回归”为原有的释明义务。另一方面,焦点审理也应当体现在判决书对相关释明情况的记录上。^{⑧7}这一重要程序性事项的书面化,不仅能够再次向当事人表明其相应的程序权利得到了保障,向在后法院表明在先的法院已履行了释明义务,同时也表达了在先法院对该判决既判力范围的认识。进而为达到在诉讼中及时固定释明行为的效果,在诉讼中也可以由本案审判人员口头释明,同时记入证据交换笔录、审前会议笔录(《民事诉讼法解释》第224条)乃至庭审笔录中,甚至从正式性与严肃性出发,考虑作出比如以释明令为名的独立书面法律文书。不过,在法院事实上完成释明活动、但未能准确记录时,仍应以实质解释为准,由在后法院实质判断扩大既判力范围的程序保障是否已经充分。

六、既判力客观范围的识别规则与甄别

(一) 依职权审查规则的程序法效果

在依职权审查合同效力规则下判断另诉确认合同效力是否构成重复起诉,也应当回到对《民事诉讼法解释》第247条规定的现行法要件解释上。排除当事人因素的影响,现行法上的识别标准体现在对“诉讼标的”“诉讼请求”和“实质否定”这三个审查要件的认识。就此而言,国内学界与实务界众说纷纭,无疑是当下民事诉讼法学界最热门、也最具有理论基础价值的议题之一。

依职权审查规则在处理重复起诉问题的基本态度是,除了具体的给付之诉本身构成诉讼标的之外,前诉的诉讼标的也覆盖了整个合同法律关系的存在,后诉提出与前诉合同效力认定结论相反的任何诉讼请求都构成对前诉的实质否定。在前诉基于合同有效判令继续履行或者违约金时,双方当事人既不能独立提起确认合同无效的另诉,又不能以合同无效为依据提出新的给付请求;在前诉基于合同不存在判令驳回原告的给付请求时,双方当事人也不能独立提起确认合同法律关系存在的另诉,同时不能以合同有效为依据提出新的给付请求。即使事后发现合同效力认定存在错误,当事人也只能通过审判监督程序而非提起新诉寻求救济。前文基于现行法上的规则体系提出的程序性限缩条件是,法院应当将合同效力作为审理焦点,并且通过释明使当事人注意到既判力范围及于合同效力认定。否则,生效判决的既判力范围仍限于判决主文,当事人应有权就合

^{⑧5} 参见熊跃敏:《从变更诉讼请求的释明到法律观点的释明——新〈民事证据规定〉第53条的法解释学分析》,载《现代法学》2021年第3期,第172、178-179页。

^{⑧6} 参见任重:《民事纠纷一次性解决的限度》,载《政法论坛》2021年第3期,第94-103页。

^{⑧7} 参见任重:《我国民事诉讼释明边界问题研究》,载《中国法学》2018年第6期,第234-235页;曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,载《中国法学》2015年第4期,第238-239页。

同效力另行起诉,也可以基于对合同效力与前诉不同的认定提起后诉。如果基于买卖合同要求交付标的物的前诉未能满足本文要求的两项程序性要件,那么前诉的给付判决于理由部分中对合同效力的认定不产生既判力。在卖方以合同无效作为理由请求返还不当得利的后诉中,法院可以重新认定合同效力,并且在卖方于前诉后已经交付标的物时,相应地作出返还标的物的给付判决。此时买方仍享有以反诉或者另诉的方式要求返还自己给付的货物价款的权利。这意味着,现有依职权审查规则在《民事诉讼法解释》第247条之外设置了两项程序性要件。为了达到既判力范围包含判决主文和裁判理由的相同功能,我国和大陆法系分别采取了不同的进路,与上述两项程序性要件对应的是前述德国法上额外提起的中间确认之诉。考虑到两者均能达到确定审判范围并提示当事人的作用,为《民事诉讼法解释》第247条增加上述限制要件,也能得到比较法的支持。

至于前述合同法律关系的内容,除了合同效力问题外,当然也包括合同未成立的情形。比如,当债务人在前诉中请求确认合同无效时,法院以合同未成立为由,驳回了诉讼请求。法院在其审判中有依职权审查合同效力的义务,其审查内容不仅包括被诉的合同效力,当然也包括合同是否成立的判断。此时,与其说债权人未在本案中提出确认合同有效的反诉的必要,否则就将因为构成重复起诉而无法在另诉中提出,^⑧不如直接认为合同效力问题当然属于前诉的审理对象和既判力范围。除了债权人不得另诉确认合同有效之外,即使将该确认请求在前诉中提出,也不会扩大法院的审理范围,更不应认为我国法就此存在某种强制反诉义务。而在大陆法系诉讼法理中,原则上确认之诉的对象应当是法律关系是否存在,这样也能够将合同效力与成立问题一并涵盖,达到与我国相同的效果。

此外,面对先决法律关系/合同效力认定可能出现的复杂状况,应正视双方当事人都反对合同效力认定发生既判力的可能情景(这是我国的依职权审查规则与德国中间确认之诉方案的区别),例外设置使当事人就合同效力能够提起另诉的制度。这一点虽然能够迎合我国司法实践中法院依职权要求原告将已经提出的诉讼标的通过另诉处理的做法,^⑨但是其与我们对诉讼契约原理的理解、与以其为依据保留诉权的理论方案设计密切相关,更涉及我们能否在借镜大陆法系传统的既判力问题中,效法美国判例法上法院明示的诉权保留(express reservation by the court)制度的比较研究方法论争议^⑩,因而留待另文再作充分的检讨与建构。

(二) 禁止重复起诉规则的解释论展开

与此同时,为了整理现行法上的禁止重复起诉规则,仍有必要解释《民事诉讼法解释》第247条下的“诉讼标的”要件与二选一的“诉讼请求相同”和“实质否定”要件。

首先,在解释“诉讼标的”要件时,应当分别考虑给付请求与对合同法律关系的中

^⑧ 参见前注④,严仁群文,第554-555页。

^⑨ 参见马家曦:《民事诉讼另案处理的标准澄清与程序完善》,载《中外法学》2021年第3期,第703-722页。

^⑩ See Restatement (Second) of Judgments, § 26(1)(b), cmt. b; Richard D. Freer, *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2017, p.675.

间确认。就与合同效力相关的给付请求来说,应当以具体的请求权基础为识别标准。^⑨这样,无论前诉以合同履行请求权还是违约损害赔偿请求权为理由,都与基于合同无效的不当得利返还请求权不同,因此在诉讼标的要件上不会妨碍后诉的提起。而就从依职权审查合同效力规则延伸出的确认合同效力的既判力效果而言,如果放宽对“诉讼标的”要件的理解,那么不但合同法律关系本身,而且基于合同无效的返还关系(我国《民法典》第157条)也属于前诉生效判决既判力的范围^⑩。于是,假设满足后述对诉讼请求相同或者“实质否定”标准的要求,在前诉基于合同有效判令违约金时,当事人除了不能独立提起确认合同无效的后诉,其基于合同无效提起要求返还财产/不当得利的给付后诉也构成重复起诉。易言之,这种理解不仅在诉讼要件的意义上排除了就先决法律关系/合同效力的另诉,而且更可能进而认为,建立在相反合同效力认定基础上的给付之诉也面临被驳回起诉的命运。对比而言,这与美国法上对交易标准的理解类似,^⑪而与通常被认为识别标准较为宽松的诉讼标的诉讼法二分支说不同。德国法通说认为,(基于合同有效的)合同履行请求权与(基于合同无效的)不当得利返还请求权构成不同诉讼标的,^⑫因而无论诉讼请求的对比如何,都不会触发重复起诉规则。而在当事人提起中间确认之诉时,由于前诉中包含确认判项的判决主文对后诉有约束力,后诉确实不能作出与前诉相反的认定。但是,在前诉判定合同有效时,当事人仍可以随后提起基于合同无效的给付之诉。只不过,由于在实体法上合同被认为是有效的,法官应当驳回其给付之诉中的诉讼请求。回到我国法上,如果不将对“诉讼标的”的理解放宽至合同无效后的返还关系(笔者也支持此观点),那么与德国模式相同,当事人仍然可以提起给付后诉。

其次,“诉讼请求相同”可能出现在后诉的诉讼请求分别与前诉中具体的给付请求和针对合同法律关系存在的确认请求的对比中。就前者而言,只要具体表现为金钱给付的请求权,就符合该形式化要件的要求。即使涉及的分别是(基于合同有效的)合同履行请求权与(基于合同无效的)不当得利返还请求权,只要都体现为金钱给付之诉,那就构成“诉讼请求相同”。比如,暂且不考虑前述对“诉讼标的”要件的理解,原告如果在前诉中基于特定物买卖合同要求被告支付价款,在后诉中由于特定物已经灭失,要求被告基于合同无效的认定返还替代的金钱利益(假设与价款数额相同),就属于上述相同的请求。此时根据前文主张的对诉讼标的的限缩解释,即使诉讼请求相同,后诉也因为诉讼标的的不同而不构成重复起诉。就后者而言,如果前诉判决主文在给付请求之外同时包括对合同有效的认定,那么无论是判决主文本就构成诉的合并还是这种确认之诉源

⑨ 参见前注⑨,沈德咏主编书,第635页。囿于篇幅与主题,本文不再讨论不以请求权基础为识别标准,但仍坚持以某种实体法因素为识别标准的理论可能性。

⑩ 参见滕佳一:《合同无效时返还规则的适用》,载《法学家》2020年第6期,第40-53页。

⑪ See Restatement (Second) of Judgments, § 25 cmt. h & illus. 12-14.

⑫ Vgl. BGH NJW 1990, 1795 (1796) (unter I 2); Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 25), § 322 Rn. 120; Hans-Joachim Musielak, in: Zivilprozessordnung-Kommentar (Musiak/Voit)(Fn. 54), Einl. Rn. 75.

自依职权审查合同效力规则,从重复起诉的角度来看后诉也不得再次确认合同效力。其例外是《民事诉讼法解释》第248条的情形,比如在前诉作出生效判决之后有当事人行使了形成权,那么为了应对“新的事实”,仍然有必要在满足确认利益的前提下审理新的确认之诉。

再次,从“实质否定”规则的预设目标来看,其适用对象主要是“后诉提起相反请求的情况”,“如甲起诉乙要求确认法律关系有效,乙又起诉甲请求确认法律关系无效,构成一事不再理”。^{⑨5} 具体来说,前诉中原告单独或者与给付请求平行地请求确认合同有效(实质为确认合同法律关系存在)时,后诉不得确认合同无效。如前所述,由于依职权审查合同效力规则将合同效力认定改造为独立的诉讼标的,在与合同有关的给付前诉于理由部分认定或否定了合同法律关系时,当事人相应地也不得提起针对合同法律关系的积极或消极确认之诉。从理论上来看,此时与前诉效果直接相反(unmittelbares Gegenteil)的确认之诉类似的是:当前诉原告确认了其为特定物的所有权人时,前诉被告不得另诉确认自己才是所有权人;当前诉确认了被告有赔偿未来产生的损害的义务时,被告不得在另诉中请求确认其不负有该赔偿义务;甚至可能包括以下无法共存(Unvereinbarkeit)的情形,比如前诉判决买卖合同中的卖方向买方交付标的物,后案中法院不得基于合同无效的认定,判决卖方有权依照不当得利要求买方返还该物。^{⑨6}

最后,由于“实质否定”这一概念存在较大的灵活性,司法实践在司法解释出台后进一步丰富了其应用。部分由于其在比较法层面的制度创新,这一概念也得到了学界的较多关注。^{⑨7} 如果宽松解释具有实质否定效果的诉讼请求的范围,那么当前诉中的给付判决于理由部分确认了合同效力后,不仅再次直接针对合同效力的确认后诉将由于既判力的效果被排除,基于合同无效提起的给付后诉即使“诉讼请求”不相同,也构成“实质否定”。这样,如果与本文前述不同、主张“诉讼标的”要件也包括基于合同无效的给付请求,那么确实有可能认为上述确认后诉或者给付后诉都构成重复起诉,法官应裁定驳回起诉。同时,与“实质否定”相关的另一种案情是,当前诉法院驳回了确认合同关系存在的请求后,当事人在后诉中请求依合同约定给付,也可能被认为属于“实质否定”的诉讼请求。^{⑨8} 无论上述哪种情况,从(满足本文设想条件的)依职权审查合同效力规则扩大既判力的效果出发,合同效力认定构成独立诉讼标的并产生既判力效果,其既判力效果也不会过度扩大到后诉中的给付请求。于是,在程序上应对直接确认合同效力的后诉驳回起诉。对于建立在与前诉对合同认定相反的结论上而提起的后诉给付请求,则

⑨5 参见前注⑨,沈德咏主编书,第635页。

⑨6 Vgl. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald (Fn. 28), § 155 Rn. 5 ff.

⑨7 参见郑涛:《实质否定型重复起诉的构造与实践》,载《法律科学》2020年第6期,第165-178页;袁琳:《民事重复起诉的识别路径》,载《法学》2019年第9期,第155-167页;范卫国:《重复起诉规则中“裁判结果”的理论诠释与实践路径》,载《甘肃政法学院学报》2019年第5期,第25-27页。

⑨8 参见肖峰:《第一审普通程序中若干问题的完善》,载《法律适用》2015年第4期,第15页。

应从既判力的积极效力出发,在前诉对合同认定的基础上进行实体审理,随后判决驳回诉讼请求。换言之,本文主张的方案之实质在于,限缩我国既有司法实践中依托“实质否定”规则,对重复起诉规则过于泛化的理解。

(三) 既判力扩张模式与争点效的比较

在前述改造后的依职权审查合同效力规则下,为了实现另诉中合同效力审查的排除,笔者主张对合同效力问题适用与中间确认之诉相同的裁判技术,此时合同效力问题被纳入了生效判决的既判力客观范围之中。对于比如基于买卖合同的履行请求来说,无论法官与双方当事人对合同关系的认识是否相同,法官都应当将合同效力问题作为案件的审理焦点,并且可记录地向当事人就上述既判力扩张效果释明。

至于在获得发表意见的机会和法律后果的告知之后,当事人在事实上是否实质且充分地攻防,则在所不问。从理论要求本身来看,由于不要求相关判断在事实上得到充分争议,适用中间确认之诉的德国模式在禁止重复起诉的范围上要大于我国模式与争点效模式。在此基础上回到现行法下的解释,在双方当事人的意见与法院相反时,法院不受当事人态度的约束,可以自行审查合同效力,也可以发问并要求当事人确保回答完整真实(2019年《证据规定》第63条第1款)。在怀疑存在虚假诉讼时,法院还有权自行依职权调查证据(《民事诉讼法解释》第96条第1款第4项)。但是,毕竟当事人才是最了解案件事实的人,法官可投入的工作时间本就有限,也无法不计成本和时限地挖掘案件真相。此时,如前所述,确实存在法官“问不到点”,找不准案件中存在的“不成立、撤销或者无效事由,达不到全面审理的可能性”。^{⑨⑩}在法院与双方当事人都认为合同有效或者无效时,法官同样面临这种困难,无从发现有进一步审理必要的端倪。

既判力理论中最为核心、也常常引发争议的就是,其原则上取决于依照客观标准识别的诉讼标的的范围,不受当事人的事实主张与证据提交的影响。同时作为既判力的客观与时间范围的内容,被禁止重复起诉的也包括那些本应该提出、而未被实际争议的部分。^⑪至于为何必须进入诉讼标的的范围才能产生这种排除再次争议的效果,笔者的立论则建立在能得到最大共识的、诉讼标的识别的统一论的基础上,以实现在既有民事诉讼现行法与理论框架内尽可能只“小修小补”的研究初衷。作为既判力规则的例外,如果相关诉讼理由能够构成独立的诉讼标的,则应考虑优先保障当事人就其实体权利的诉权,比如准许当事人在给付判决生效后,行使合同撤销权并提起形成之诉或者在行使解除权后提起给付之诉。^⑫

无论焦点审理后出现了前述积极意义层面的哪种情形,比如是否形成了当事人间的实质争点,进而可能适用日本法上争点效理论或者英美法上的争点排除效规则,如前所

^{⑨⑩} 法官就合同效力的全面审理虽然不同于对不同请求权基础乃至请求目标的全面检索,但是两者在现实中可能面临相似的困难。就固定权利请求的必要性的讨论,参见邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第67-69页。

^⑪ Vgl. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald (Fn. 28), § 156 Rn. 5 ff.; 前注④,曹志勋文,第135-137页。

^⑫ 就此主张原则上应承认判决的遮断效力的观点,参见前注④,王福华文,第265-286页。

述,相关挑战合同效力的可能理由都将被排除。除了与中间确认之诉制度一样,具有一次性解决更多争议的效果外,此种方案的好处在于清晰与可预见,避免了判断某一争点是否经过实质审理的复杂情况。试想合同有效涉及诸多具体的权利成立与妨碍规范,而各民法上的抗辩/要件事实又均可以继续细分,导致不同事实主张的层面上均可能形成争点。即使不考虑法律问题及其与事实问题的界分,究竟在何种层面上划定实质审理的边界也具有相当难度。譬如,已经支付价款的买方甲向卖方乙起诉要求履行针对特定物的买卖合同。法官于前诉中完成了对买卖合同可能因违法而无效的审查,但未询问当事人其行为能力,并支持了甲要求交付特定物的诉讼请求。该生效判决经法院执行,已经完成交付。在随后乙以合同无效为由,要求基于不当得利返还特定物的后诉中,卖方乙提出法官前诉中并未注意到的禁止性法律规定,并且提出甲有严重精神疾病的证据(但前诉中其正处于发病间歇期并通过药物抑制,外人无从得知)。如果需要判断争点排除效,后诉法院则需要认定前诉是否未就合同效力问题完成实质审理。法官需要具体判断比如就违法无效的事项是否因前诉曾经审查过某个可能被违反的法律规定而完成实质审理(此时后诉中主张禁止性法律规定并未在前诉中出现),甚至就合同效力的各种审查是否已因前诉对违法无效事项的审查而均被视为完成实质审理(此时行为能力事项并未在前诉中被考虑)。由此观之,争点效理论的排除另诉效果小于中间确认之诉模式,同时争点效判断的操作难度较大,其还隐含着产生进一步争议的可能性,因而笔者认为在我国应当慎重采纳争点效理论。

七、结 语

我国法学界和司法实务界通常均认为,法院在民事案件中应当依职权审查民事合同的效力,其效果不仅限于作为当前诉讼审判对象的给付请求,影响其诉讼标的与裁判资料的范围和法官行使释明权的边界(此诉),也可能对后续诸如就合同效力的确认之诉和行使解除权、撤销权的形成之诉产生禁止重复起诉的效果(另诉)。其中,就上述依职权审查规则对另诉的效果来说,我国既有理论讨论多聚焦于请求权竞合时的诉讼标的识别问题(这当然重要),而较少关注审理中处理过的争点事项对后诉的影响问题,尤其是更少探讨我国依职权审查的本土经验向比较法共通问题提出的特殊挑战。一项较为成熟的、有中国特色的法学研究,应当源自我国实务中的典型做法和通常理解,同时应当更进一步,寻找我国实践与比较经验之间的功能性差异,追问我国对实体权利实现的程序保障是否达到与民事诉讼原理相符的程度。这一方面需要挖掘典型外国法经验的真实状况,另一方面则需要更多尝试深耕我国程序法规范的体系化和要件化方案,将诉讼理念探讨落实在制度解释论上。

笔者提出的理论方案,目标即在于践行和例示比较方法与解释论方法之间的共生互动关系。我们应当以中国式的依职权审查合同效力规则对标和对接比较法上经典的重

复起诉问题。就民事诉讼法理中所谓先决法律关系认定的既判力（扩张）问题而言，我国经由依职权审查规则而扩张既判力的模式与德国模式之间的实质差异体现为两点，即明确的程序性标识与就诉讼争点将产生既判力效果的释明，这两点在德国法上由中间确认之诉制度实现。由于上述标识与释明具有明显的程序保障功能、能够证成先决法律关系的既判力效果，因而我国的既判力默认扩张模式应增设上述两项制度，通过填平这一差距最终实现外国法经验与中国法实践的功能契合。在这种扩张既判力客观范围的预设效果下，也有必要重新理解现行法上的禁止重复起诉规则。

Abstract: Chinese judges are supposed to follow the model of examining the validity of civil contracts in any civil process *sua sponte*. Ordinarily, the identification of this validity, which does not locate in the operative part of the final judgment, also enjoys the *res judicata* effect of final judgments. In civil law traditions, since there is no need to review every related issue, the identification appearing only in the reasoning part of the judgment has no such effect. The *res judicata* effect of the identification of contract validity in the reasoning part will be acknowledged by both Chinese law and civil law traditions, if any party explicitly claims for the determination of preliminary legal relationship in the case. The Chinese court should consider the validity of civil contracts as disputed issues of its court hearing. Accordingly, the rule of judicial review of validity of civil contracts *sua sponte* could be substantially reformed, while it is procedurally necessary to demand the judge to give clear direction to the parties regarding the scope of *res judicata* effect. For the determination of the *res judicata* effect of this rule of judicial review, there should be further explanation of the legal requirements for relitigation. The aforementioned understanding of the *res judicata* effect is distinct from the theory of issue preclusion since this understanding could provide a much clearer solution for legal application.

（责任编辑：陈贻健）