

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

孙长永 主编

民事判决既判力研究

丁宝同 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

民事判決既判力研究

丁宝同 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事判决既判力研究 / 丁宝同著. —北京: 法律出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3740 - 0

I. ①民… II. ①丁… III. ①民事诉讼—判决—研究—中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 157088 号

西南政法大学诉讼法
博士精品文库

民事判决既判力研究

丁宝同 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 11.5 字数 290 千

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3740 - 0

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她为人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭借的是亲情、族情、人情而不是法则；虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方啾呀学步。就是在啾呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从啾呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从20世纪90年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种，法律院系由十几所变为几百所，民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾，法学文章、教材、读物、专著、译著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例，经过同仁的劳作与宣传，

司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点,程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言辞辩论原则、程序安定原则以及程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之,我们的法学研究正在向前走步。当然,“与其他学科相比,中国当代的法学研究更缺少学术的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题,甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多地试图并习惯于用 18、19 世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到已然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论和包容,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑事案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成”。^①

诉讼法学作为法学的一个部门,同样存在这样的问题。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在新中国成立之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序) IV—V 页。

② “集体反叛”的提法参照强世功:“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”一文,载《中国社会科学》2005 年第 1 期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在 20 世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而且这种局面还会一直继续下去。”^①这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题”。^② 这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割!因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的

① [德] 马克斯·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店 1998 年版,第 23 页。

② [法] 埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 3 页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001 年第 3 期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团 2005 年版。

血液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^① 我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法学是一个独立的学科,但绝不是一个自给自足的学科,我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展。”^② 所以随着以后诉讼法学研究的深入和越来越专门化,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^③的研究。我们现在的学术研究,存在对自己的历史的一种妄自菲薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^④ 近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先的生产和生活条件形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历史;我们才能更

① 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好地走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美]马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店2000年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第5~6页。按照笔者的理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的成长都是成立的。学者的成长先是“在这里”(being here):接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there):跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再地说“走出来的目的是为了能够更好地走回去”。

② [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

③ 杨义:“现代中国学术方法总综论”,载《中国社会科学》2005年第3期。

④ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

好地理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识。”^①我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如何的西方经验只是针对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分地倚重于域外经验,自觉不自觉地吧西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究应该更多地关注中国的司法实践和中国问题。^②不能让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落为脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的企盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,以严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道,还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制,最后还有非常正规的答辩程序。从90年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

为总结交流计,也为宣传传播计,更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版“西南政法大学诉讼法学博士论文文库”,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有两点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充的结果。

① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑄译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

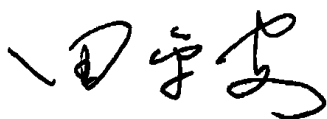
② 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

末了,我还想衷心感谢为丛书的出版付出了辛劳的茅院生分社长和王旭坤编辑。

《西南政法大学诉讼法博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师

A handwritten signature in black ink, appearing to read '王旭坤' (Wang Xunkun), written in a cursive style.

二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

序

记得内地与香港在就司法协助问题谈判时,针对如何看待中国内地民事判决的法律效力问题争论良久,后来多次出国与同行交流时也被问及中国民事判决的既判力一事。而同域外高度关注的态势相反,我国内地理论界与实务界却极少论及民事判决的既判力问题。那么,既判力理论和制度重不重要呢?老实说,它应该是十分重要的。所谓民事诉讼法学的五大基础理论,既判力就是其中之一。因此,开展以民事判决之既判力为主题的专项系统研究具有重要的理论价值和突出的实践意义。

丁宝同在师从我的6年时间里(3年硕士生活加上3年博士生活),对这一基础理论领域给予了持续的关注,并最终写成了令人赞许的博士学位论文——“民事判决既判力研究”。而即将付梓的文稿,则是其在取得博士学位之后,又历经3年之系统修改,九易其稿,最终得以成书。

细品全书,窃以为至少有以下几点值得读者关注:

第一,该著以严谨而系统的逻辑论证体系实现了对民事判决既判力理论和制度的系统研究。其论证体系包含四个逻辑层次,即“绪论”、“引论”、“本论”和“衍论”,正文部分则由七章组成:第一章“民事判决效力之构成体系”立足于民事判决之效力构成体系厘定该著研究之对象和范围,是为“绪论”;第二章“民法之请求权概念的源流”将请求权概念确立为其研究之切入点,并就相关之理论和制度问题善为铺陈,是为“引论”;第三、四、五、六章则对民事判决之既判力理论体系详加展开,就由本质论、根据论、作用形态理论共同构成的既判力之基础理论和由客观范围、时间范围、主观范围共同构成的既判力之作用范围理论进行了系统而深

入的论述,是为“本论”;第七章“既判力制度之入典规划”则再次回到制度层面寻求既判力理论研究之归宿,并就既判力制度及与之密切相关的确定判决瑕疵救济程序之立法构建规划方案提出了若干具体建议,是为“衍论”。

第二,该书将对民事判决之既判力的研究置于民事判决之效力构成体系的宏观视野中。民事判决的效力有着复杂的构成体系,围绕着民事判决的多种效力形态,形成了复杂理论和制度体系。而其中,占据基础性地位的则是既判力理论和制度。因此,只有首先在宏观层面清晰把握民事判决的效力构成体系,才能在其中找到既判力的位置,也才能准确把握既判力的本质内涵,进而才能明确既判力理论和制度在民事判决效力理论和制度体系中的定位,最终才能准确定位当前既判力理论研究的本体范畴并清晰把握将来既判力制度之立法构建的核心任务。

第三,该书对民事判决之既判力的研究并不局限于大陆法系的传统理论体系模式,而是结合了英美法系代表性国家的民事判决效力制度。既判力固然是大陆法系之传统民事诉讼法学理论体系中的一个特有概念和理论范畴,其立法例对既判力的制度性规定也更为系统,但是英美法系国家的民事诉讼制度也有关于判决效力的制度体系设计。而现代社会,在法学理论研究和法律制度构建的各个层面,两大法系已经呈现出极为明显的相互融合趋势。我国的法学理论研究和制度构建尚处于起步阶段,故而一开始就应关注这种相互融合的趋势,并在相关的理论研究和制度构建中积极吸收其各自的研究成果和先进经验。具体到既判力问题,如关于既判力之客观范围向判决理由中的判断事项扩张的“争点效”理论,就是日本诉讼法学者在大陆法系之既判力客观范围传统理论的基础上借鉴英美法中的判决效力理论和制度所形成的一种学说。就该学说,如果不对英美法中的判决效力理论和制度体系加以研究,是无法准确把握其要旨的。

第四,该书对民事判决之既判力的研究并不局限于诉讼法的视角,而是力求民事诉讼法学与实体法学之间的融合、衔接,并将其中的请求权理论和制度作为研究的切入点,据以解决若干理论和制度层面的问题。既

判力是民事诉讼法学理论体系中的一个特有理论范畴,也是民事訴訟立法和司法中一项特有的制度设计,以民事诉讼法学的立场展开既判力之理论和制度的研究是无可厚非的。但是,这种研究立场的定位不能极端化。综观大陆法系的民事法学理论和制度体系的演变进程,它是以民事实体法学理论和制度体系的形成、发展为基础和起点的,后来伴随着立法的分立,民事訴訟理论和制度体系才得以形成。这也就决定了,其中的众多基础性理论命题是从原有的民事实体法学理论和制度体系中衍生而来,又往往是早期实体法学理论在訴訟法学领域中的直接运用。因此,对这些民事诉讼法学基础性理论问题的研究,往往伴随着对实体法学领域中相应基础性理论问题的关注。具体到“既判力”,它是民事判决效力体系中的重要一环,恰如民事判决的其他效力,它也以民事判决为母体。民事判决来源于民事訴訟,而民事訴訟程序以“诉”为基本单位。对于诉,学界已经达成共识的一种分类模式是:给付之诉、确认之诉和形成之诉的三分法。其中的给付之诉,无论是在产生时间还是重要程度上均处于基础性的地位。而既判力制度和理论体系,最开始也恰恰是以给付之诉(给付判决)为基本考量对象而设计和形成的,之后才有了对确认之诉(确认判决)和形成之诉(形成判决)的关注。而在私法权利类型体系中,给付之诉的实体法基础恰恰是请求权这一权利类型。这也就决定了,整个既判力制度和理论体系是以请求权制度和理论为基础的,要想深入研究既判力制度和理论,对请求权制度和理论的基础性把握必不可少,既判力制度和理论中的一些难题其症结就根源于民法之请求权制度和理论,局限于既判力制度和理论本身无法有效解决。

第五,该书将研究的目的明确定位于将来民事訴訟立法的修订,并就将来既判力制度的立法构建和作为其配套制度的确定判决之瑕疵救济程序的立法完善提出了若干具体建议。从我国之法制传统的历史传承来看,“立法导向性”是其突出特征——几乎任何一个部门法领域的重大变革都是以立法的变化为起点的。具体到既判力制度,从目前的理论研究成果来看,将其纳入民事訴訟法典的时机也日趋成熟。而且,综观大陆法系之典型立法例,几乎都就确定判决之瑕疵规定有救济性程序——简称

“确定判决瑕疵救济程序”。因此,对既判力理论和制度的研究,必须同时关注“确定判决瑕疵救济程序”,以实现二者的有效沟通,并推进系统性研究的深入开展,既要从既判力理论和制度中寻找“确定判决瑕疵救济程序”的理论和制度依据,又要在“确定判决瑕疵救济程序”中探索传统既判力理论和制度模式的缺陷和完善途径。

该书全文构思巧妙,资料翔实,论证有力,文笔流畅,应当说是一部难得的佳作。

当然,作为民事诉讼法学中的基础性命题,既判力理论体系博大精深,其制度要素精细繁复,要通过对它的研究指导我国的民事诉讼立法和司法实践,将理论研究的成果最终转化为制度性的产出,绝非朝夕之功。望宝同能沉入司法实践的现实,对此问题作更加深入的探究,争取更多更好的作品面世。

寥以数言,是为序。

田平安
2012年5月27日

前 言

一、本书之选题背景

民事判决之既判力理论与传统民事诉讼法学之诉权、诉讼标的、诉讼目的等基础理论共同构成了以体系化为本质特征的大陆法系民事诉讼法学理论体系的基本骨架,并在其中占据重要地位。但在我国大陆地区,长期以来,由于受制于特殊的法律继受传统、特有的诉讼理念及职权主义因素极浓的诉讼制度体系,民事诉讼法学研究在理论层面上忽视既判力,民事诉讼立法对既判力制度几未涉及,而司法实践中违反既判力的诉讼程序操作则司空见惯。

自 20 世纪 80 年代的改革开放始,伴随计划经济体制向社会主义市场经济体制的转型,学界开始注重对法治发达国家和地区的法律制度和法学理论的研究和借鉴,并开始对我国传统的法律制度和法学理论体系展开反思。而自 20 世纪 90 年代始,随着民事诉讼法学理论研究的深入,民事判决之既判力理论和制度才开始引起学界的重视。既判力概念开始越来越频繁地出现在民事诉讼法学教材中,^①并出现了一批专门论述既

① 如柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社 1992 年版;王锡三:《民事诉讼法研究》,重庆大学出版社 1996 年版;江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社 1999 年版;常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社 1999 年版;柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,法律出版社 2000 年版;田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社 2004 年版等。

判力问题的论著^①和文章^②,而既判力理论在民事诉讼法学理论体系中的重要地位也才开始得以展现。但总体来看,有关民事判决之既判力理论和制度的研究仍处于一种相对滞后的状态,并存在一些亟待厘清的误区:

第一,研究习惯性地以既判力之概念、制度和理论本身为起点和目标,而未能将既判力置于民事判决之效力体系中并给予准确定位。进而可能导致一种误区,即将民事判决的既判力等同于民事判决的效力。民事判决的效力有着复杂的构成体系,而其中占据基础性地位的则是既判力。因此,只有首先在宏观层面清晰把握民事判决的效力构成体系,才能在其中找到既判力的位置,也才能准确把握既判力的本质内涵,进而才能明确既判力理论和制度在民事判决效力理论和制度体系中的定位,最终才能准确定位当前既判力理论研究的本体范畴并清晰把握将来既判力制度之立法构建的核心任务。

第二,由于既判力是大陆法系之传统民事诉讼法学理论体系中的一个特有概念和理论范畴,其立法例对既判力的制度性规定也更为系统,所

① 如林瑞成:《民事判决既判力与程序保障原则》,中国政法大学2000年博士论文;邓辉辉:《既判力理论研究》,中国政法大学出版社2005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年版等。

② 如张卫平:“既判力理论研究”,载张卫平:《程序公正实现中的冲突与平衡——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1993年版;叶自强:“论既判力的本质”,载《法学研究》1995年第5期;江伟、肖建国:“论判决的效力”,载《政法论坛》1996年第5期;叶自强:“论判决的既判力”,载《法学研究》1997年第2期;江伟、肖建国:“论既判力的客观范围”,载《法学研究》1996年第4期;肖建国:“判决的效力与既判力理论”,载江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版;刘荣军:“判决及权利安定性的程序保障——既判力”,载刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版;李龙:“论民事判决的既判力”,载《法律科学》1999年第4期;周春梅:“论民事判决的既判力”,载《贵州大学学报》2000年第3期;吴明童:“既判力的界限研究”,载《中国法学》2001年第6期;王福华:“民事判决既判力——由传统到现代的嬗变”,载《法学论坛》2001年第6期;王亚新:“判决的终局性:既判力与再审”,载王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版;张卫平:“既判力的客观范围”,载樊崇义主编:《诉讼法学研究》(第5卷),中国检察出版社2003年版;郭美松:“论民事判决既判力的本质与根据”,载《法学研究》2004年第2期;邓辉辉:“关于既判力本质说的评价”,载《政法论坛》2005年第4期;常怡、肖瑶:“民事判决的既判力客观范围”,载《甘肃政法学院学报》2006年第3期;邓辉辉:“论判决理由的既判力”,载《理论探索》2006年第6期;赵信会:“既判力客观范围的历史考察与现实定位”,载《理论探索》2006年第2期;翁晓彬:“我国民事判决既判力的范围研究”,载《现代法学》2004年第6期;林剑锋:“民事判决的标准时与既判力的时间范围”,载张卫平主编:《民事程序法研究》(第3辑),厦门大学出版社2007年版;邓辉辉:“行政判决与民事判决既判力主观范围之比较”,载《广西社会科学》2007年第7期。

以,国内的研究多以对大陆法系代表性国家和地区的既判力理论和制度的比较研究为重点,而忽视对英美法系相关判决效力理论和制度的关注。虽然,其概念术语和理论范畴无法与大陆法系的既判力理论体系对应,其体系化程度也远不及后者,但是,英美法系国家的民事诉讼制度也有关于判决效力的制度体系设计。我国基本秉承大陆法系的传统,既判力的理论研究和制度构建固然要以其相关理论和制度体系为主要借鉴对象,但对英美法系所特有的判决效力理论和制度体系也应当适度关注。因为,现代社会,在法学理论研究和法律制度构建的各个层面,两大法系已经呈现出极为明显的相互融合的趋势。而我国的法学理论研究和制度构建尚处于起步阶段,故而一开始就应关注这种相互融合的趋势,并在相关的理论研究和制度构建中积极吸收其各自的研究成果和先进经验。具体到既判力问题,如关于既判力客观范围向判决理由中的判断事项扩张的“争点效”理论,就是日本诉讼法学者在大陆法系之既判力客观范围传统理论的基础上,借鉴英美法中的判决效力理论和制度所形成的一种学说。就该学说,如果不对英美法中的判决效力理论和制度体系加以研究,是无法准确把握其要旨的。

第三,研究过度专注于民事诉讼法学之特有立场,而忽视民事诉讼法学与民事实体法学之间的有效沟通。“诉权是民事诉讼法学理论的出发点,既判力是其终结点。”^①既判力理论与传统的诉权、诉讼标的、诉讼目的等基础理论共同构成了以体系化为本质特征的大陆法系民事诉讼法学理论体系的基本骨架。因此,既判力是民事诉讼法学理论体系中的一个特有理论范畴,也是民事诉讼立法和司法中一项特有的制度设计,以民事诉讼法学的立场展开既判力之理论和制度的研究是无可厚非的。但是,这种研究立场的定位不能极端化。综观大陆法系的民事法学理论和制度体系的演变进程,它是以民事实体法学理论和制度体系的形成、发展为基础和起点的,后来伴随着立法的分立,民事诉讼理论和制度体系才得以形成。这也就决定了,其中的众多基础性理论命题是从原有的民事实体法

① 兼子一:《实体法と訴訟法:民事訴訟の基礎理論》,有斐閣 1957 年版,第 140 页。

学理论和制度体系中衍生而来,又往往是早期实体法学理论在诉讼法学领域中的直接运用。因此,对这些民事诉讼法学基础性理论问题的研究,往往伴随着对实体法学领域中相应基础性理论问题的关注。而具体到既判力理论,则须重点关注民事实体法学领域中的请求权理论,既判力之理论体系中的很多难点、疑点,其症结就根源于实体法学领域中的请求权理论。所以,在一定意义上,对民事实体法学之请求权理论的关注是民事判决之既判力理论研究的起点。

第四,研究的目的重点关注既判力之基本理论体系的构建,而未能直接指向民事诉讼之相关立法条款的修订。我国1982年颁行《民事诉讼法(试行)》,1991年颁行《民事诉讼法》,2007年10月28日全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,该修正案已于2008年4月1日生效。而对于民事判决之既判力制度,三个时期的民事诉讼立法均未涉及。而就民事判决之效力,也仅以一个概括性的条文(现行《民事诉讼法》第141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、判决、裁定”。至于上诉期届满前的民事判决的效力问题,及生效判决的效力构成、约束事项、约束对象和约束方式等一系列问题,则均未涉及。这一立法现状也恰恰反映了过去长期时间内民事判决效力理论研究(尤其是既判力理论研究)的现状,即其研究的目的重点关注基本理论体系的构建,而未能直接指向民事诉讼之相关立法条款的修订。而民事判决之既判力理论体系中的很多研究课题本身就属于法解释论的课题范畴(如既判力之客观范围理论),但由于立法未就其作出明文规定,所以就这些课题,解释法学的研究方法无从有效开展。同时,由于立法上没有规定,司法中就不可能有制度运用的实例,所以实证分析的研究方法也无法有效展开。如此一来,既判力理论研究和制度构建的深入开展就将面临一种“瓶颈”性的制约。而突破这一制约“瓶颈”的关键性步骤就是将研究的目标直指立法的修订,必须尽一切努力将既判力制度纳入民事诉讼法典。因此,既判力入典是其理论研究成果之制度性转化的基本起点。从我国之法制传统的历史传承来看,“立法