

## 民事诉讼中的双重相关事实

## ——“初步证据”向“假定为真”的转变

曹志勋

**内容提要:**同时体现为实体法上胜诉要件和程序法上诉讼要件的事实主张,在民事诉讼中具有特殊性。在我国普通民事审判和知识产权审判实务中,法院常常以初步证据作为管辖权异议阶段的审理标准。这一标准不同于实体审理中要求的初步证据,也因为其标准的模糊性而存在缺陷。与此不同,德国法上适用双重相关事实理论,通过将相关必然也成为实体胜诉要件的诉讼要件事实“假定为真”,简化对此类事实的程序性判断,在其他法域中也存在类似思路。基于对被告利益的保护,对诉讼要件审查原理的重视和对不同方案下程序效果的比较,我国有必要由初步证据标准转向假定为真方案。结合比较法经验与我国法传统,我国应当完善假定为真方案下的制度设计与程序配套。

**关键词:**管辖权异议 当事人适格 初步证据 双重相关事实 假定为真

曹志勋,北京大学法学院助理教授。

实体法与程序法之间的协调与对接是我国实务和理论界普遍关注的热点问题,<sup>[1]</sup>有代表性的是程序性事项的审查判断,尤其是立案登记制背景下对起诉要件与诉讼要件的区分与审查。其中一类较为特殊的技术性问题为,当某一事实同时属于诉讼要件和本案胜诉要件时(比如侵权行为及其发生地作为管辖连接点),法院如何避免重复审理,不同审理主体的裁判之间是否存在约束力,应否适用不同的审理原则和裁判方式,等等。<sup>[2]</sup>此类事实中的典型是法院管辖权与当事人适格要件的基础事实。这一问题与大陆法系的诉讼要件理论密切相关,在德国被概括为“双重相关事实”(doppelrelevante Tatsachen)。即使在英美法系传统下,也存在实质内容相似的思考<sup>[3]</sup>。

[1] 比如张卫平:《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》,《中外法学》2020年第4期,第933-950页。

[2] 此前讨论,参见段文波:《我国民事管辖审查程序的反思与修正》,《中国法学》2019年第4期,第195-197页;严仁群:《管辖规范中的实体要素》,《法律科学》2013年第2期,第162-170页。

[3] 参见陈亮:《诉讼要件抑或本案要件?——美国关于原告资格定性之争及其对我国的启示》,《清华法学》2015年第3期,第156-168页。

目前,我国现行法既一般性地规定了起诉证据,<sup>[4]</sup>又对个别类型的案件设置了特别证据要求,<sup>[5]</sup>这些证据可能同时与诉讼要件和本案胜诉要件相关。而在送达被告后的管辖权异议阶段,法院仍将继续处理这些兼具实体意义的程序事实。此时,法院通常采取后文详述的初步证据标准。然而,该标准在司法实践的适用中存在模糊甚至混淆的情形,也无法实现法官在不同阶段的审理任务和立案与审判程序间的分工协作,更无益于对被告利益的保护。为此,本文尝试在我国语境下,提出以“假定为真”代替“初步证据”的制度与程序方案。

## 一 我国实践中要求的初步证据及其问题

### (一) 适用于诉讼要件的初步证据

在我国司法实践中,如果原告没有在被告提出管辖权异议之前主动提交证据,那么法院将要求其提交初步证据,被告也可以提供对自己主张有利的证据。实践中的通常思路是,在审理具有实体意义的程序事实时,原告只需提出证据即可,而证据的真实性以及对待证事实的证明力大小则应当交由后续实体审理查明。比如,当最高人民法院在此前已经由于直接利害关系争议发回过一次案件<sup>[6]</sup>后,其再次申明“现张(某)提交的相关证据可以证明张(某)与本案有直接利害关系,法院对其提交的证据能否支持其诉讼请求则应通过实体审理进行认定”。<sup>[7]</sup>与此相似,当原告主张其作为保证人已经代偿了担保合同项下部分债务,并且有初步证据支持和得到债务人的自认时,法院也应当认识到,原告“依据案涉《担保合同》主张的各项诉讼请求能否得到支持,属于审理阶段须由法院依法查明并以判决形式作出认定的范畴”。<sup>[8]</sup>

尤其是在知识产权类案件中,最高人民法院形成了相对通行的审查方法。一方面,在判断是否需要审查被告适格<sup>[9]</sup>问题时,该院指出“当部分被告是否适格并不影响受诉人民法院对案件的管辖权时,有关其是否适格的问题,可以等到实体审理阶段进行审查。当部分被告成为确定管辖的连结点,其是否适格直接影响到受诉人民法院对案件的管辖权时,则应在管辖权异议阶段对被告是否适格问题进行审查”。另一方面,在管辖权异议阶段的审查中,“一般情况下只需有初步证据证明被告与涉案事实存在形式上的关联性,即达到可争辩的程度即可,无需对被告是否构成侵权或违约、是否需要承担法律责任等实体内容进行审查。如果作为管辖连结点的被告是适格的,则受诉人民法院对案件

[4] 参见《民事诉讼法》第 121 条第 4 项、2019 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(下称“《证据规定》”)第 1 条。

[5] 参见《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》(下称“《民诉法解释》”)第 284 条第 3 项。

[6] 参见最高人民法院(2018)最高法民终 76 号民事裁定书。

[7] 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1718 号民事裁定书。

[8] 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1685 号民事裁定书。

[9] 虽然现行法遗漏了该要件,但是其在理论和实务上似乎并没有争议,比如,参见最高人民法院(2019)最高法民终 168 号民事裁定书。参见段文波:《论民事诉讼被告之“明确”》,《比较法研究》2020 年第 5 期,第 170 - 176 页;傅郁林:《再论民事诉讼立案程序的功能与结构》,《上海大学学报(社会科学版)》2014 年第 1 期,第 42 页脚注 1。

具有管辖权,案件应当进入实体审理”<sup>[10]</sup> 于是,被告无权以未实施侵权行为为由要求移送管辖。<sup>[11]</sup>

如果初步证据试图证明的事实最终被认定为真,原告被认为从法律上看也与本案没有直接利害关系时,那么就不涉及证据收集甚至审查的问题,而可以直接认定相关诉讼要件没有得到满足,从而裁定驳回起诉。易言之,即使法院没有在形式审查起诉人主张的事实时直接裁定不予受理(此时不乏案情复杂、涉及法律问题等正当理由),也可以在立案后额外考虑当事人提交的证据和被告的意见之后,裁定驳回起诉。比如,即使原告公司提出了初步证据证明其为作为合同一方当事人的国有企业的出资人,法院也仍在上诉案件中认为基于合同相对性,其无权起诉确认合同无效。至于此时被告也认可原告的直接利害关系,希望案件进入实体审理,则不会对这一认定产生任何影响。<sup>[12]</sup>

## (二) 不同于实体审理的初步证据

需要与前述初步证据标准加以区分的是描述实体审理过程的另一种“初步证据”,这在实务中用法并不统一,可能有以下较为典型的情况。首先,“初步证据”可能构成法律关系下的实体胜诉要件的内容,<sup>[13]</sup> 比如2020年《最高人民法院关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》第2条,对于网络服务提供者和电子商务平台经营者在网络侵权中构成共同侵权的通知义务要件,就直接规定了“构成侵权的初步证据”。<sup>[14]</sup> 在实务中,法院也可能在原告主张被告向第三人银行就独立保函索赔构成欺诈的纠纷中,将“初步证据”视为“基础合同项下的初步证据证明其索赔请求具有事实依据”这一实体争点的内容。<sup>[15]</sup>

“初步证据”也可能与法律推定和事实上的推定有关。就前者而言,《海商法》第77条就提单“是承运人已经按照提单所载状况收到货物或者货物已经装船的初步证据”的规则,《民法典》第831条、《海商法》第81条和《民用航空器法》第134条第1款就收货人及时异议义务的规定,《民用航空器法》第111条第1款、第112条第2款和第118条就客票、行李票和航空货运单的规定,都设立了可反驳的法律推定规则。因应中美贸易谈判的需要,2019年《反不正当竞争法》第32条增加了对秘密性和不当行为的初步证据规则。根据该法律推定规则,在商业秘密权利人提供初步证据时,应当相应由涉嫌侵权人承担证明权利人所主张的商业秘密并非商业秘密或者涉嫌侵权人不存在侵犯商业秘密的行为的

[10] 参见最高人民法院(2019)最高法知民辖终448号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法知民辖终287号民事裁定书。与此表述略有不同但立场一致的裁判,参见最高人民法院(2019)最高法知民辖终365号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法知民辖终361号民事裁定书。

[11] 参见最高人民法院(2019)最高法知民辖终453号民事裁定书。类似裁判,参见最高人民法院(2020)最高法知民辖终348号民事裁定书(共同被告),最高人民法院(2020)最高法知民辖终380号民事裁定书(许可销售的侵权行为实施地)。

[12] 参见最高人民法院(2018)最高法民终942号民事裁定书。

[13] 关于进一步区分的尝试,参见林洋:《初步证据的内涵冲突与概念匡正》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第150-152页。

[14] 关于此时初步证据认定的困难,可参见徐伟:《网络侵权中合格通知和必要措施的认定》,《交大法学》2020年第3期,第177-181页。

[15] 参见最高人民法院(2019)最高法民终349号民事判决书。

客观证明责任。<sup>[16]</sup> 就后者事实上的推定而言,个案中的“初步证据”对应的是日常生活经验法则(2019 年《证据规定》第 10 条第 1 款第 4 项),影响的是相关案件要件事实(主要事实)在具体案件中的证明过程与结果。比如,在因申请诉中财产保全损害责任纠纷中,最高人民法院曾依据作为双方当事人间买卖合同标的物的电缆存在质量问题的初步证据,否定被申请人就保全申请人存在恶意与损害数额重复计算的主张。<sup>[17]</sup> 在原告主张被告违反光伏电站建设的承揽合同,应当赔偿其提供的电池片损失时,法院则将第三人在另案中提供的书面意见和增值税发票作为初步证据,认定被告与第三人存在委托加工交易关系,从而否认案涉电池片“唯一属于”原告的事实。<sup>[18]</sup>

此外,初步证据标准也被用于其他一些场合。比如,2013 年《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 5 条第 2 款关于消费者初步证明因果关系即满足侵权责任的因果关系要件的规则,实质上属于要件事实证明责任的减轻规则。再比如,“初步证据”还可能成为证据不足以证明待证事实的另一种表达。在建设工程施工合同纠纷中,最高人民法院曾认为“收据原则上仅能作为认定支付工程款的初步证据”,对于存在争议的大额工程款项的支付应当以银行转账凭证或现金收条等款项支付证据支持已付款的事实主张。<sup>[19]</sup> 甚至,“初步证据”要求也可能出现在实体审理中需要裁判的程序性事项,这比如法院审查当事人就工程质量鉴定提出的申请,<sup>[20]</sup> 判断应否依申请调查取证<sup>[21]</sup> 或者审查证据保全申请的情况。

### (三) 现有初步证据标准的局限性

虽然初步证据标准在我国实践中得到广泛认可,但是其最突出的问题是标准本身的不明确。如果说案件的完全证明存在以高度可能性甚至排除合理怀疑为标准的比较明确的答案(《民诉法解释》第 108 条和第 109 条),那么初步证据自始就模糊地出现在不需要证据证明和完全证明两极之间的“空白地带”,其标准只有相对位置,缺少可操作和可描述的正面界定。尽管在通常认识中,对于程序性事项的处理常常侧重于其非终局性、不重视程序性裁判及其说理<sup>[22]</sup> 的裁判技术。但是,无论前述实体审理意义上的“初步证据”代表哪些不同的实质争议,可以确定的是,其与本文关注的管辖权异议阶段的初步证据并不在同一层次上。从区分诉讼要件与实体胜诉要件的基本分野出发,上述区分似乎是较为清晰的。但是,毕竟二者都被称为“初步证据”,而且在对举证程度的要求上又没有明显差别,确实存在被混淆甚至误用的可能性。与之相应,初步证据规则的不确定性导致法

[16] 基于美国法证明责任理论与实践,从立法论上有力地论证不应转换客观证明责任的观点,参见崔国斌:《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》,《交大法学》2020 年第 4 期,第 9-33 页。

[17] 参见最高人民法院(2019)最高法民终 258 号民事判决书。针对此类侵权责任中的过错认定的类似分析,参见最高人民法院(2019)最高法民终 238 号民事判决书。

[18] 参见最高人民法院(2019)最高法民终 13 号民事判决书。

[19] 参见最高人民法院(2017)最高法民终 462 号民事判决书。

[20] 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1837 号民事判决书;最高人民法院(2018)最高法民终 915 号民事判决书。关于鉴定申请审查的要件,参见曹志勋:《对当事人鉴定申请的司法审查》,《法学》2020 年第 12 期,第 112-129 页。

[21] 参见最高人民法院(2018)最高法民终 496 号民事判决书。

[22] 参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,《中国法学》2015 年第 4 期,第 238-239 页。

官审查的不确定性,在司法实践中甚至可能出现法院为了规避对管辖连接点的审查义务和审查风险,强制适用乃至滥用应诉管辖规则的情形。<sup>[23]</sup> 这种标准的模糊性还可能会产生新的程序性争议,导致双方实体纠纷的解决被进一步拖延。

上述标准的模糊性尤其体现在,在涉及针对诉讼要件、本应排除证据实质审查的初步证据标准时,法院也可能反其道行之。比如在有的早期裁判中,根据当事人未能提交合同原件,法院认定“本案中无法认定机械公司和信贸公司签订过购销合同,存在购销合同关系,更无法认定合同的签订地或者履行地在甘肃省。甘肃省高级人民法院认定本案合同签订地在甘肃省,缺乏事实根据”,因此不满足立案审查中所必需的事实和理由。<sup>[24]</sup> 在有的案件中,法院认定原告起诉所依据的资金拆借合同为“伪造的合同,私刻投资银行公章、伪造合同的行为系案外人所为,案涉1500万元拆借资金亦未进入(本案被告)投资银行的账户,并无充分证据证明投资银行的工作人员参与该两份合同的签订与履行”,因此基于原告无直接利害关系,裁定驳回起诉。<sup>[25]</sup> 上述这些情况在近些年仍然存在,法院可能在确定协议管辖时审查主合同是否因为缺少盖章而没有成立,因而导致管辖协议相应不存在,<sup>[26]</sup> 或者明确将证明评价纳入立案审查等。<sup>[27]</sup>

部分基于再审案件的特殊性,法院可能基于多份借款单及银行转款凭证的初步证据,认定当事人之间存在借款法律关系,同时实质评价被告提出的案涉款项系对工程款支付的答辩意见,认为其缺乏证据支持。进而就债权人资格的程序审查规定,最高人民法院在本案中不赞同一审和二审法院对原告债权人资格的否定(基于借款单上载明的内容、款项用途以及被告对借款关系的否认),并且撤销了驳回起诉的裁定。<sup>[28]</sup> 而相反从司法规则统一的角度值得赞同的是,法院认为当债权受让人在向主债务人主张返还借款及利息时,只需提供债权转让协议、原借款合同、收条等初步证据,就能够满足起诉条件。法院此时无权审查该债权转让是否构成抽逃出资和债权转让合同是否生效,并裁定驳回起诉。<sup>[29]</sup>

## 二 比较法上的双重相关事实理论

### (一) 德国法下的基本思路

不同于我国实践中的初步证据标准,在德国法上,其主要考虑将与实体法相关的诉讼要件事实直接假定为真。由于德国法上未设置独立的立案庭,因而不必如我国考虑究竟应当由哪个内设庭审理各诉讼要件,<sup>[30]</sup> 而只需明确诉讼要件和实体胜诉要件之间的界

[23] 参见黄忠顺:《论应诉管辖制度的司法嬗变及其规则构建》,《中国法学》2016年第5期,第204-205页。

[24] 参见最高人民法院(1999)经终字第182号民事裁定书。

[25] 参见最高人民法院(1999)经终字第124号民事裁定书。

[26] 参见“招商银行股份有限公司无锡分行与中国光大银行股份有限公司长春分行委托合同纠纷管辖权异议案”,《最高人民法院公报》2016年第7期,第17-18页。

[27] 参见最高人民法院(2015)民申字第218号民事裁定书。

[28] 参见最高人民法院(2019)最高法民再340号民事裁定书。

[29] 参见最高人民法院(2020)最高法民终605号民事裁定书。

[30] 在我国主张由立案庭审查起诉要件的观点,参见段文波:《起诉条件前置审理理论》,《法学研究》2016年第6期,第70-87页。

分。这可以通过所谓的双重相关事实理论实现,该理论被认为主要与法官对案件的管辖权和当事人适格问题相关。

在德国法上,法院被认为应当依职权审查诉讼要件,此时无论被告是否及如何答辩,原告的事实主张原则上都应当具有充分性;以管辖权的成立为例,即其陈述能够覆盖受诉法院具有管辖权所要求的基础事实。例外在于,如果法定的管辖规则指向被告就原告主张事实的争议,那么自然也需要考虑被告的答辩,比如德国《民事诉讼法典》第 8 条就诉讼标的额确定的规则为“就用益租赁和使用租赁的存否和期间存在争议”。因此,主张侵权行为地法院管辖的原告不能仅仅陈述满足合同义务违反的事实,反之亦然。<sup>[31]</sup> 如果原告就管辖权的事实主张不够充分,又无法通过应诉管辖得到补救,那么法院将被视为没有管辖权。如果当事人在法院释明后仍不申请移送管辖,那么法院将以诉不合法驳回起诉。<sup>[32]</sup>

作为原则,如果在针对案件主要争点辩论前,被告适时且清楚地挑战(责问)原告关于管辖事项的主张,<sup>[33]</sup> 或者在专属管辖审查中必须调查证据,法院就都必须针对相关事实状况,要求原告提供证据证明。需要通过举证证明的事实比如被告的住所或居所、合同履行地、被告在法院辖区有财产、管辖权约定等纯粹程序性事项。<sup>[34]</sup> 但是,如果一个事实同时成为诉的合法性要件和诉的有理由要件中必须得到满足的内容,那么只要原告的主张满足诉的正当性(一贯性),就应当假定其满足了管辖权的要求,不再需要提供证据证明。<sup>[35]</sup> 典型的情况是,被告违反有效合同且履行地在受诉法院,或者被告在法院辖区与原告发生交通事故造成损害。<sup>[36]</sup> 所谓双重相关事实,指的就是这种在本案中必然同时对诉讼要件和实体胜诉要件的事实,而排除那些虽然能够进一步表明实体请求权,但是不影响请求权在实体法上最终是否有理由的事实。<sup>[37]</sup> 由于本文在结论上倾向于借鉴该理论,对于其具体内容将在我国法背景下的借鉴方案中一并探讨。

## (二) 例外规则的背景原理

德国法上提出上述双重相关事实理论,并非仅试图增设某种程序法技术上的特殊规则,而是试图更深层次地指向程序正义的实现,<sup>[38]</sup> 其目的在于“简化和加速纠纷的最终解

[31] Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., 2014, § 1 Rn. 17, 19. 这一针对诉讼要件的充分性要求区别于作为实体胜诉要件的诉的正当性(一贯性)(Schlüssigkeit der Klage)。

[32] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 21, 38.

[33] 参见德国《民事诉讼法典》第 39 条第 1 款和第 282 条第 3 款第 1 句。

[34] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 22 f.; MüKoZPO/Wöstmann, 6. Aufl., 2020, § 1 Rn. 25; MüKoZPO/Patzina, a. a. O., § 12 Rn. 55; Zöller/Schultzky, ZPO, 33. Aufl., 2020, § 12 Rn. 14.

[35] BGHZ 202, 39 = NJW 2014, 2864, 2866, Tz. 23; BGHZ 124, 237 = NJW 1994, 1413, 1413 f.; BGHZ 7, 184 = NJW 1952, 1336; BGH NJW-RR 2010, 1554, 1555, Tz. 10 f.; RGZ 29, 371, 373 f. (帝国法院长期通说); Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 39 Rn. 3 ff.; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 24 ff.; MüKoZPO/Wöstmann, a. a. O., § 1 Rn. 26; MüKoZPO/Patzina, a. a. O., § 12 Rn. 56; Zöller/Schultzky, a. a. O., § 1 Rn. 14, 12 Rn. 14; Musielak/Voit/Heinrich, 17. Aufl., 2020, § 1 Rn. 20, 12 Rn. 14; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., 1993, § 1 Rn. 20c, 20i; Ost, Doppelrelevante Tatsachen im Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2001, S. 2 ff.

[36] BGHZ 132, 105 = NJW 1996, 1411, 1412 f.; BGH NJW 2002, 1425, 1426.

[37] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 24.

[38] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 30.

决”。<sup>[39]</sup> 在收集证据前,受诉法院一般无法认定侵权行为是否发生,一旦需要审查证据就必然会导致对同一问题的重复审判。如果将相关实体问题提前到诉的合法性审查中处理,那么法院无法支持的诉讼请求将由于诉不合法而被驳回,而其中包含的、就实体请求权成立与否的裁判始终无法产生既判力,因而可能造成诉争仍可不断重复进行的困局。<sup>[40]</sup> 那么,此时法院作出的诉讼判决的既判力效果限于该诉讼要件,即受诉法院没有管辖权。在受诉法院以外的其他法院,原告仍可以就其主张的相同侵权行为起诉。<sup>[41]</sup>

双重相关事实理论指引下的这种裁判技术也符合平等保护双方当事人利益的原则。对原告而言,选择享有特殊地域管辖权的法院就需要承担败诉时受判决既判力约束的不利后果。当其选择被告住所的法院起诉时,一次诉讼就能终局地澄清案件事实。与此相对,原告不能借特殊地域管辖地法院就诉的合法性的审查,试探法院对本案实体问题的态度,并基于诉讼判决有限的既判力获得另行起诉的机会。而对被告而言,胜诉则不必担心再被原告在其他诉讼程序中纠缠,败诉时不得不承受的判决也必然满足了管辖权的要求,并不会出现由没有管辖权的法院作出了不利于被告的判决的情况。<sup>[42]</sup> 就此而言,双重相关事实理论下的主流见解与德国少数反对观点的主张达成一致,均认为诉讼效益尚不足以成为采纳双重相关事实理论的理由。<sup>[43]</sup> 进而,超越单纯将诉讼效益考量作为理由的简单论证,双重相关事实理论关注的是上述裁判技术方案对各方诉讼利益的影响。<sup>[44]</sup>

此外,在德国也有个别学者提出了反对意见,其主要考虑的是诉讼要件优先审查,以及在原告主张的事实不能满足诉的正当性时也有保护被告必要。<sup>[45]</sup> 一方面,在德国法上,法官对诉讼要件的审查确实原则上应当先于对实体胜诉要件的审查,这也是前述一般规则的内容。既然双重相关事实理论本身是司法实践与主流学术观点互动后的通说见解,并已经构成一般规则的例外,那么单纯以存在一般规则为由加以反对,则较为表面化。而且,德国法长期也允许法官搁置诉讼要件而直接作出实体判决的做法,<sup>[46]</sup> 双重相关事实理论也能与这种做法相互呼应。另一方面,就保护被告范围的大小而言,以侵权案件为例,当原告主张尚未提及侵权行为发生或合同存在的事实时,双重相关事实并未出现在诉讼程序中,也就谈不上被假定为真。此时固然需要保护被告的诉讼利益,但是其在形式上就不符合上述德国法上的例外规则。那么,在其本国司法实践并未走得这么远时,持反对论的学者需要独立论证这种进一步扩张例外规则的正当性。实际上,这种个别观点本身

[39] BGHZ 124, 237 = NJW 1994, 1413, 1414.

[40] MüKoZPO/Wöstmann, a. a. O., § 1 Rn. 26.

[41] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 30.

[42] BGHZ 124, 237 = NJW 1994, 1413, 1414; BGH NJW 2010, 873, 874 f., Rn. 14; Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 30, 32.

[43] Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, S. 160 ff. 该观点还认为,缺席判决的拟制自认效力使涉及管辖权的双重相关事实为真,但由于管辖权事项并不在拟制自认的范围,这里实际上存在着悖论。笔者初步认为,这种观点的讨论建议在对德国法上缺席判决制度的认识上,而笔者并不认为双重相关事实理论有必要与拟制自认效力相勾连,因此并未对其详细介绍。

[44] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 30 Fn. 82.

[45] Würthwein, Zur Problematik der Örtlichen und internationalen Zuständigkeit aufgrund unerlaubter Handlung, ZZP 106 (1993), 51, 57, 59 f.

[46] MüKoZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rn. 176; Musielak/Voit/Musielak, a. a. O., § 322 Rn. 46.

也无意建构理论方案,而更多是立足于驳论并且“浅尝辄止”。在笔者看来,这更多涉及理论选择的“度”,体现的是某国司法实践在衡量双方利益后选择的中间点。德国法上对这种扩张方案本身就关注寥寥,而且前述双重相关事实假定为真的方案本身就已经在“挑战”我国既有实践,因此至少就现阶段来看,我们暂时没有必要深究这一外国法内部的少数方案的是与非。

### (三)域外类似的实践做法

双重相关事实理论不仅在德国成为通说并得到我国学者的关注。<sup>[47]</sup> 在日本<sup>[48]</sup> 和我台湾地区,<sup>[49]</sup> 虽然并未形成前述通行的双重相关事实理论,但是在实质上也存在类似理解。就此类问题,也有我国台湾地区学者试图强调此时被告程序利益的维护,<sup>[50]</sup> 或者主张原告在起诉之初即应提出证据,使法官管辖权的原因事实产生达到合理可能性标准的心证。<sup>[51]</sup>

美国也存在类似制度,其涉及的问题同样是,当某事项同时构成联邦法院管辖权和实体胜诉的要件时,应当以何种方式裁判。联邦法院只能以不满足管辖权为由,驳回那些显然不符合要求的诉讼。<sup>[52]</sup> 而对于其他诉讼,法院则必须作为实体问题审理。即使最后查明案件确实不满足管辖权的要求,也不会剥夺法院已经行使的管辖权,此时只能以不满足诉讼为由驳回起诉。从裁判技术上看,此时适用的不是对事管辖权(美国《联邦民事诉讼规则》第 12(b)(1)条),而是陈述不充分(美国《联邦民事诉讼规则》第 12(b)(6)条)的规则。<sup>[53]</sup> 比如,雇主聘请雇员的真实人数并不妨碍劳工歧视案件的联邦法院管辖权,相反只要原告主张的人数满足法律规定即可。<sup>[54]</sup> 同时,美国法院长期以来试图在众多被界定为管辖权的事项中寻找真正的管辖权。<sup>[55]</sup> 至于是否应当就管辖权问题单独审理且适用优势证据规则裁判,更是众说纷纭。<sup>[56]</sup>

[47] 参见李浩:《民事诉讼管辖制度的新发展》,《法学家》2012 年第 4 期,第 154 页和脚注 32。严仁群教授主张的、部分实质审理的思路与双重相关事实理论十分相似。参见严仁群:《管辖规范中的实体要素》,《法律科学》2013 年第 2 期,第 162 - 170 页。反对双重相关事实理论的观点,参见段文波:《我国民事管辖审查程序的反思与修正》,《中国法学》2019 年第 4 期,第 196 页。

[48] 新堂幸司《民事诉讼法》(弘文堂,2019 年),124 页;在国际管辖权语境下对日本及我国台湾地区学说与实务的介绍,参见张铭晃:《国际知识产权侵害诉讼之管辖主张与证明》,我国台湾地区《法官协会杂志》第 10 期,2008 年 11 月,第 160 - 180 页。

[49] 参见吕太郎著:《民事诉讼法》,我国台湾地区元照出版公司 2018 年版,第 65 - 67 页。

[50] 参见邱联恭:《程序选择权之法理》,载《民事诉讼法之研讨(四)》,我国台湾地区三民书局 1993 年版,第 595 - 598 页。

[51] 参见黄国昌:《定管辖权原因事实之认定基准》,我国台湾地区《月旦法学教室》2013 年第 10 期,第 14 - 19 页。

[52] *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment*, 523 U. S. 83, 89 (1998).

[53] *Burks v. Lasker*, 441 U. S. 471, 476 n. 5 (1979); *Holloway v. Pagan River Dockside Seafood, Inc.*, 669 F. 3d 448, 452 (4th Cir. 2012).

[54] *Arbaugh v. Y & H Corp.*, 546 U. S. 500, 513 - 516 (2006). 对比而言,在德国法上由于此时涉及普通法院与劳动法院间的诉讼途径管辖权分配问题,对此可能有不同的关注与答案,比如认为当事人主张自己为劳动者并不足以成为劳动法院管辖的依据。Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 18.

[55] *Gonzalez v. Thaler*, 132 S. Ct. 641, 648 (2012).

[56] 13D Wright & Miller, *Fed. Prac. & Proc. Juris.*, 3d ed., § 3564 (2020, Westlaw); Howard M. Wasserman, *Jurisdiction and Merits*, 80 *Wash. L. Rev.* 643, 673 - 678, 691 - 703 (2005); Kevin M. Clermont, *Jurisdictional Fact*, 91 *Cornell L. Rev.* 973, 1017 - 1020 (2006).

### 三 假定为真方案的功能性考量

#### (一) 假定为真能增强对被告利益保护

如果说前文的重点在于对我国的初步证据标准和外国处理相似问题的双重相关事实理论的介绍,那么后文的重点应当是借鉴双重相关事实理论的价值考量并关注我国的特殊性,探讨我国以假定为真方案替代初步证据标准的可能性。与德国法上的考量实质相似的是,在我国也存在重复审判的现象及由于裁判效力规则导致重复起诉的可能,我国司法实践中同样注重双方当事人的平等保护,试图避免原告滥用诉讼程序并尽可能减少诉讼对被告的消极影响。

以管辖权的情形为例,如果不依照双重相关事实理论处理,那么必须确定受诉法院有管辖权。如果案件中侵权行为在实体上被认为不发生,那么受诉法院也没有行使地域管辖权的依据,法院应当在程序上裁定驳回起诉。即使不考虑基于对《民事诉讼法》第124条第5项中的“裁定已经发生法律效力”的解释,我国法上的“裁驳”是否就裁定理由中指明的起诉要件存在既判力效果的问题,<sup>[57]</sup>上述结果也显然区别于假设法院在实体上认定侵权行为不成立,进而驳回诉讼请求时的案件结果。在后一种情况下,本案原告将受到实体判决既判力的约束,不得重复起诉(《民诉法解释》第247条)。对于当事人适格问题也一样,由于否认涉争法律关系的存在而通过反推否定当事人适格,也会造成与管辖权审查中相同的解释困境。

与德国法下的情况相同,原告与法院“裁驳”后仍可以在其他法院再次起诉主张相同侵权行为,被告可能不得不再次应诉。而且,虽然我国各地的裁判统一工作仍有较大进一步提高的必要,目前实务中力推的类案检索(《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》)仍然处于进一步探索的状况,<sup>[58]</sup>原告在前诉中“试探”得来的诉讼经验并不一定能对另案诉讼策略产生重要影响;但是,无论如何,原告在事实上也获得了多次诉讼的机会,这对于被告来说并不公平。而在假定为真方案下,这一“制度漏洞”则将被彻底填补。

#### (二) 假定为真配合诉讼要件审查原理

涉及双重相关事实最典型的情形即特殊地域管辖规则和当事人适格要件,因而将此类事实假定为真时就需要重视我国关于这两类诉讼要件的审查原理。一方面,应当关注对管辖规则及其错误救济的认识。管辖制度的实质是案件分配制度,其应将不同法院现实上的司法水平差异包容于司法系统整体上的“审判公正假定”之下。<sup>[59]</sup>在我国,就此最

[57] 实务中肯定的做法,参见“大连远东房屋开发有限公司与辽宁金利房屋实业公司、辽宁澳金利房地产开发有限公司国有土地使用权转让合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2006年第12期,第25页。否定观点,参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第459-460页。

[58] 参见刘树德、胡继先:《关于类案检索制度相关问题的若干思考》,《法律适用》2020年第18期,第3-12页。

[59] 参见张卫平:《管辖权异议:回归原点与制度修正》,《法学研究》2006年第4期,第144-145页。

为突出的学术讨论就是针对管辖错误应否及如何成为再审事由的问题。<sup>[60]</sup> 从比较法上的程序原理来看,不同于美国法将管辖权问题上到宪法层次并置于整个民事诉讼中核心位置的做法,大陆法系传统中属于诉讼要件的管辖权要件虽然不能说不重要,但是对其保障程度可能没有那么绝对。原因在于,管辖问题虽然不仅是业务分工那么简单,但是却不能限制司法权的行使。<sup>[61]</sup> 于是,德国法认可一审法院的均质性,除了涉及国际管辖权和不同的法律途径之外,管辖错误不能作为提起控诉审或者上告审的事由(德国《民事诉讼法典》第 513 条第 2 款和第 545 条第 2 款)。<sup>[62]</sup> 不同于我国《民诉法解释》第 331 条就应诉管辖所作的适应性规定,德国法对专属管辖也采取相同的“错就错了”的态度。从一般原理回到双重相关事实来看,原告胜诉时管辖连接点事实达到了实体法要件事实的认定标准,此时不会出现管辖错误。比如在侵权纠纷中,法院最终在实体上否定了侵权行为的发生时,其作出的实体判决确实存在管辖错误,但是出于前述被告利益的保护,有设置例外规则的必要。而从原告利益出发,无论从诚实信用原则还是应诉管辖规则的思路来看,都没有必要在原告败诉后,允许其转而以管辖错误为由挑战实体判决。这样看,假定为真方案也符合前述对管辖问题重要性的认识。

另一方面,对于当事人适格问题而言,双重相关事实理论也可能有助于问题讨论框架的厘清。基于大陆法系的通常理解,诉讼要件中的当事人适格概念解决的是当事人在形式上是否与所主张权利相关的问题,以避免案外人以自己名义在诉讼中主张他人权利或承担他人义务,此时即需要将原告主张的事实假定为真后加以判断。与之相对,实体胜诉要件中的本案适格概念对应的是在原告主张自己的权利或被告被请求承担义务时,原告在实体法上是否为权利享有者和被告是否应当承担义务,这里才对应最终实体审理中确定的法律关系。<sup>[63]</sup> 我国在初步证据标准下对直接利害关系的理解,则处于当事人适格与本案适格之间,而双重相关事实理论则可以一并解释此时同时涉及的实体法与程序法要件。如果我们采取假定为真方案,那么在效果上将降低由初步证据标准导致的起诉要件高阶化,从而更靠近立案登记制的目标。同时,假定为真方案也将使我们与大陆法系对诉讼要件的理解保持一致。笔者并不认为对德日理论概念应“亦步亦趋”,但是至少基于不同的功能与指代,有必要在框架上区别诉讼要件和实体胜诉要件。

### (三) 假定为真不会过度影响程序效果

在审查思路由初步证据思路转向假定为真,其实质是将双重相关事实的审理一律推迟到实体审理阶段,确实可能使那些本来在管辖权异议阶段就能够得到最终解决、实体

[60] 参见李浩:《管辖错误:取消还是保留》,《政治与法律》2012 年第 4 期,第 130-139 页;汤维建:《“管辖错误”作为再审事由不宜删除》,《法学家》2011 年第 6 期,第 157-162 页;潘剑锋:《论“管辖错误”不宜作为再审事由》,《法律适用》2009 年第 2 期,第 63-65 页。

[61] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 30 Rn. 19.

[62] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 39 Rn. 43 f.

[63] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 46 Rn. 3 f. 类似介绍,参见陈贤贵著:《当事人适格问题研究》,厦门大学出版社 2013 年版,第 24 页。不同见解,参见肖建国、黄忠顺:《诉讼实施权理论的基础性建构》,《比较法研究》2011 年第 1 期,第 83-86 页。日本法上的情形,参见松本博之=上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂,2015 年),259-260 頁。亦见段文波:《论民事诉讼被告之“明确”》,《比较法研究》2020 年第 5 期,第 168 页。

上也不成立(因而并非错案)的案件,获得进入实体审理阶段的机会,进而拖延诉讼。但是,与这种潜在风险相对的,是我国现有规则下既存的另外三种现实风险。其一是基于前述初步证据标准的不确定性,法院在适用该标准时出现错误;其二是实务中可能出现的各种以诉讼要件审查之名、为实体胜诉要件审查之实的做法。在这两种情况下,法院审查起诉要件错误,按现行法本就应当进入实体审理阶段。其三,还要考虑根据“初步证据”确实应当裁定驳回起诉,但是最终实体审理的“完全证据”却支持了原告的诉讼请求的情况。此时诉讼要件审查在程序上是正确的,但是并不符合客观真实,在实体上是错误的。在上述三种情况下,当涉及双重相关事实时“不当裁定驳回当事人的起诉,……如果人民法院通过指令审理的方式要求一审法院审理本案,导致当事人需要重新开始一审案件的审理程序”。<sup>[64]</sup> 由于缺乏对上述四种风险的量化分析,我们不能简单基于“以一对三”,笃信应当容忍假定为真方案下的潜在风险。但是,从尽可能实质地解决纠纷的价值判断出发,在存疑时应当让案件在程序上进入后续的实体审理阶段,在那些案情与法律问题更为复杂案件中尤其是如此。而对于简单案件,大可不必坚持以程序驳回的方式提高审判效率。何况,既然案件简单,那么在正式开庭后驳回其诉讼请求也不应是什么难事。易言之,此时妥当处理不当谋取管辖利益的案件的方式应当是以速裁程序为代表的实体审理加速机制。

对于那些滥用管辖权异议、拖延诉讼的被告来说,一般而言可以适用民事诉讼诚信原则,<sup>[65]</sup>同时上述双重相关事实理论也有“用武之地”。被告的管辖权异议被驳回而后提起上诉时,案件的审理将中止。无论未来我们是以不开庭审理的方式提高审理效率(《民诉法解释》第333条第1项)、限缩此时的中间上诉权<sup>[66]</sup>还是准许原告申请在中间上诉的同时并行审理实体问题,<sup>[67]</sup>我国都更适合采用双重相关事实理论。原因在于,假定相关事实为真将避免中间性上诉带来的程序拖延(这在明显无理由的上诉中尤其是),提高整个程序的诉讼效率。相反在德国,法庭通常一并处理两种要件,并且在实践中极少指定独立针对诉的合法性的辩论期日或者作出可以上诉的中间判决。因此就提高诉讼效率而言,是否采取双重相关事实理论对德国来说没有明显差异。<sup>[68]</sup>

## 四 假定为真规则的制度与程序

### (一) 假定为真的制度设计

将双重相关事实假定为真,需要具体规则的支持,才能将诉讼理念与功能考量真正落地。首先需要关注的是该方案的适用范围:双重相关事实理论在我国主要对应法院管辖

[64] 参见最高人民法院(2020)最高法民终605号民事裁定书。

[65] 参见傅郁林:《论民事诉讼当事人的诚信义务》,《法治现代化研究》2017年第6期,第141-145页。

[66] 参见傅郁林:《先决问题与中间裁判》,《中国法学》2008年第6期,第160页;张卫平:《管辖权异议:回归原点与制度修正》,《法学研究》2006年第4期,第141-149页。

[67] 参见曹志勋:《民事地域管辖制度释疑》,《法学家》2015年第6期,第85、87页。

[68] Stein/Jonas/Schumann, a. a. O., § 1 Rn. 21b.

和主管问题以及原告(及被告)的直接利害关系要件。当然,其他诉讼要件也有可能和双重相关事实理论相关,比如是否存在重复起诉的问题上,判断实体法律关系的对象同样可能涉及对事实能否得到证明的实质判断,<sup>[69]</sup>该问题也可能在案件的管辖权异议阶段成为争议焦点。<sup>[70]</sup>与此相似的情况还包括实际履行地的确认,例如“至于双方争议的款项是否贷出,(债务人)刘平应否偿还等等,均属于实体审理范畴,本院对此不予审理”。<sup>[71]</sup>结合德国法上相关理论的展开并立足我国国情,可以采取如下将程序事实假定为真的方案。

首先,法院应当假设涉争的双重相关法律事实确实发生,比如侵权行为发生或者合同成立的事实。<sup>[72]</sup>如果随后在实体审理中发现不存在有效的合同或者侵权行为没有造成损害,那么法院将从实体上判决驳回诉讼请求。由于双重相关事实理论认为实体胜诉要件覆盖了诉讼要件,因此当被告在侵权案件中否认了侵权行为的发生时,那么也附带地挑战了法院的地域管辖权。法院此时应将是否存在侵权行为作为双重相关事实处理,暂且假定侵权行为确实发生。如果法院最终由于原告无法举证证明侵权行为的发生,实体驳回了原告的诉讼请求,那么由于生效判决的既判力效果,原告随后不能在任何地方的法院主张发生了案涉的侵权行为。<sup>[73]</sup>

其次,与前者不同,由于涉及金钱给付的债务履行地和侵权行为地本身与请求权是否成立、诉是否有理由无关,在此时假定为真的事实中,并不包括侵权行为地或者合同履行地就在受诉法院辖区的内容。因此,原告应当在必要时通过提出证据证明究竟上述事实发生在何处,如果未发生在受诉法院辖区,法院则应当从程序上驳回起诉。<sup>[74]</sup>在我国立案审查的框架下,上述事实属于在起诉阶段中应当例外审查的纯粹程序性事项。特别是侵权行为是否发生在受诉法院辖区内的问题,实践中有时涉及不同法院辖区交界地区的认定,也更适于由立案庭负责。

再次,如果根据实体法的规定,本案原告实体胜诉的要件中包括特定的地点,那么此时假定的范围则相应扩大。比如原告认为买卖合同中交付标的物的履行地是北京,那么在审查诉讼要件时这将被假定成立。如果之后审理结果表明履行地其实应当是上海,那么本案应当以诉无理由驳回原告的诉讼请求。值得注意的是,由于主张在其他地方(比如上海)履行时构成另外的生活事实以及诉讼标的(德国通说的诉讼标的识别标准下),其既判力效果并不妨碍原告提起另诉,要求被告在上海履行合同义务。<sup>[75]</sup>如果转而采取诉讼标的的旧实体法说(我国目前通说),那么此时被主张的实体请求权的履行地发生变

[69] 参见最高人民法院(2019)最高法民再289号民事裁定书。

[70] 参见最高人民法院(2015)民四终字第12号民事裁定书。

[71] 参见最高人民法院(2013)民提字第160号民事裁定书。

[72] 将其称为诉因部分并认为应依原告主张的观点,参见严仁群:《管辖规范中的实体要素》,《法律科学》2013年第2期,第164-165页。

[73] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 30; Ost, a. a. O., S. 32 f., 36 ff.

[74] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 25; MüKoZPO/Wöstmann, a. a. O., § 1 Rn. 26. 主张实质审查的相同见解,参见严仁群:《管辖规范中的实体要素》,《法律科学》2013年第2期,第167页。

[75] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 26.

化,似乎也可以认为其构成新的实体请求权,从而可以通过另诉主张。

复次,法院也应当假设特定的级别管辖(事务管辖)事项的存在,比如当事人主张案件涉案5000万或者涉及反垄断纠纷,因此应当由具有初审管辖权法院中位阶较高的中级人民法院管辖。<sup>[76]</sup>至于这种假定的范围,应当由个案中诉的声明来判断。与此类似的是,在涉及基于某种身份获得的特别地域管辖规则时,也同样适用上述假定。比如对于消费者在营业场所外达成的合同中的原告管辖地特别规则(德国《民事诉讼法》第29c条),合同在法定的营业场所外达成(德国《民法典》第312b条)和双方当事人分属消费者和企业(德国《民法典》第13条和第14条)的主体资格,都属于被假定的双重相关事实。<sup>[77]</sup>与前述德国制度相同,我国的双重相关事实暂时为真的假定既包括地域管辖,又涵盖同样适用管辖权异议规则的级别管辖(《最高人民法院关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第1条)。最高人民法院在相关判决书中明确指出,“管辖权异议审理阶段,原则上应当以原告主张的诉讼请求标的额确定案件的级别管辖法院,至于其诉讼请求能否得到支持,则属于案件实体审理范畴”。<sup>[78]</sup>这样看,被告也不能挑战原告主张的经土地评估报告表明可得利益损失的数额,<sup>[79]</sup>或者认为经过核减费用后诉讼标的额不再满足受诉法院的级别管辖标准。<sup>[80]</sup>不过,对于被请求的给付数额本就超过本院受理案件诉讼标的额上限的案件,无论当事人是否提出管辖权异议(《民事诉讼法》第126条第2款但书),均应由法院主动发现并纠正。<sup>[81]</sup>

最后,如果原告起诉时依据的权利没有现行法上的明确依据,则受诉法院自动获得管辖权,随后在实体审查时再裁判原告是否享有此项权利。<sup>[82]</sup>只有这样,才符合现代诉讼法律制度部分扬弃罗马法上的诉和英美法上的令状的基本精神,以及保护社会一般利益的目的。从理论上讲,只要认为诉讼标的是当事人主张的权利而非客观存在的权利,在裁判技术上就只能认为这类诉讼(在结果上)无理由,但其本身已经构成提供了理由的(抽象)权利主张。<sup>[83]</sup>在我国,对于现行法上尚未明确的个别实体权利,也应当交由审判庭进行实体审理裁判。特别是对于找不到具体案由的案件,立案法官也不得拒绝立案,而需要由具体向抽象逐步寻找可以归类的案由。<sup>[84]</sup>在这个意义上,“诉讼法是实体法之母”,在特定情况下发展实体法是民事诉讼的功能之一。至于是否以及如何行使这项司法职权,

[76] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 27. 反对观点参见 Zöller/Herget, a. a. O., § 2 Rn. 1, 3 Rn. 16. 51; 即使是反对该理论的学者也认为,由于立法明确规定了级别管辖的根据是当事人请求的诉讼标的额,因此仅以当事人的主张为准。Rimmelpacher, a. a. O., S. 162.

[77] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 29c Rn. 14; Roth, Empfiehlt sich ein Sonderprozessrecht für Verbraucher?, in Bruns/Münch/Stadler, Die Zukunft des Zivilprozesses, 2013, S. 82.

[78] 参见最高人民法院(2020)最高法民辖终8号民事裁定书。

[79] 参见最高人民法院(2018)最高法民辖终236号民事裁定书。

[80] 参见最高人民法院(2016)最高法民辖终239号民事裁定书。

[81] 比如,参见最高人民法院(2015)民提字第11号民事裁定书。

[82] Stein/Jonas/Roth, a. a. O., § 1 Rn. 20.

[83] Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935, S. 18 f. & Fn. 1.

[84] 《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(法〔2020〕347号),第五点第1段和第五点第5段。

则是法院实体审理的重要任务。可能存在疑问的是,如何将其与起诉显无理由而应当直接驳回诉讼请求的情况相区分。<sup>[85]</sup> 这虽然不是本文的主题所在,但是笔者初步认为,这种区分应当源自诉状中提供信息和说理的详细程度与说服力,更取决于司法机关在社会变革中对其组织功能的理解。在有疑问时,应当优先考虑保障当事人的诉权。

## (二) 假定为真的程序配套

在实体审理阶段中,也应采取相应裁判技术,部分消解对假定为真可能产生负面效果的担忧。就此而言,可以考虑借鉴我国商事仲裁领域的长期实践,“将当事人主体资格的异议与实体答辩主张同样放在审理程序中裁处……为了避免无辜被告‘陪审’到底的讼累,在审理程序中可将当事人适格问题作为先决问题作出中间裁判,对原告或被告不适格的裁定驳回起诉,并允许当事人选择提起中间上诉或终局上诉”。<sup>[86]</sup> 易言之,原有程序性裁判的独立上诉权此时仍然实质存在,法院在实体审理程序中处理的仍然是诉讼要件问题,只不过此时法院已经在实体上认定了案件事实。于是,在涉争当事人为多数时,法院可以作出中间裁判,将个别从实体法上看不满足本案适格要求的共同诉讼人排除在外。此时其他当事人继续实体审理,被排除的当事人享有中间上诉权。当一方当事人均本案不适格时,法院直接裁定驳回起诉,此时当事人就该终局裁判享有上诉权。

在同样认为法院应当于实体审理中解决上述争议的共识下,裁判技术上也有另外的选择。此时,法院实际上是对实体胜诉要件事实作出了最终认定,并以此为据作出了先行判决。这固然不同于我国知识产权法领域出现的所谓“先行判决+临时禁令”<sup>[87]</sup> 的创新做法,但是同样依据的是《民事诉讼法》第 153 条就“一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决”的既有规则。从民诉法理看,这可以回溯到对不满足诉讼要件案件能否作出实体判决的经典问题,追问的是诉讼要件与实体胜诉要件之间是否存在审理顺序。<sup>[88]</sup> 也就是说,在这种涉及双重相关事实的情况下,法院越过了对直接利害关系(当事人适格)的诉讼要件的审理,而直接否定了(部分)原被告与案件实体利益归属(本案适格)的关系。如前所述,这也是本文探讨的假定为真方案的主要立论。

## 五 结 论

同时构成实体法上胜诉要件和程序法上诉讼要件的事实处于实体法与程序法的交汇地带,基于我国本土经验和以德国为主的比较法启发,本文有以下结论。

首先,我国司法实践中常见的是在管辖权异议阶段要求原告提供其起诉满足诉讼要件的初步证据。在审理具有实体意义的程序事实时,原告只需提出证据即可,而证据的真

[85] 参见曹志勋:《民事立案程序中诉讼标的审查反思》,《中国法学》2020 年第 1 期,第 294 页。

[86] 傅郁林:《再论民事诉讼立案程序的功能与结构》,《上海大学学报(社会科学版)》2014 年第 1 期,第 51 页。

[87] 参见浙江省高级人民法院(2019)浙民终 709 号民事判决书(一审:杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民初 3728 号民事判决书)。

[88] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O., § 94 Rn. 44 ff. 参见高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 10-16 页。

实性以及对待证事实的证明力大小则应当交由后续实体审理查明。这种初步证据应当区别于纯粹作为实体胜诉要件的证据要求,但是仍然缺乏成为法定标准的确定性。

其次,与初步证据标准相对,双重相关事实理论是比较法上的通行做法,其将诉讼要件中需要审查的部分事实假定为真。面对重复审判的现象及由于裁判效力规则导致的重复起诉的可能性,采纳这种方案有助于对双方当事人、尤其是对被告的平等保护,避免原告滥用诉讼程序并尽可能减少诉讼对被告的消极影响。

再次,在“审判公正假定”下,我们应当思考管辖规则及其错误救济的限度,假定为真方案符合对管辖制度的基础认识。在民诉学理上应当区分本案适格与当事人适格概念,后者作为诉讼要件,在审查中也应当被假定为真。与德国相比,假定相关事实为真更能避免我国管辖权异议程序中间性上诉带来的程序拖延。

最后,在适用双重相关事实理论时,应当承认诉讼要件相关事实原则上需要当事人证明,只是对确实双重相关的事实应当例外地假定为真。被假定的对象包括部分地域管辖连接点、级别管辖中的诉讼标的额以及特定情况下的合同履行地本身等,也可能适用于包括当事人适格在内的其他诉讼要件。现行法并未明定的起诉权利基础,也适用假定为真方案。从程序配套角度看,我国也应当发展裁判技术中的中间裁判与先决判决。

---

[ **Abstract** ] Factual allegations, which are essential for both the substantive success and procedural requirements of a civil case, have particularity in civil process. In the trial of ordinary civil cases and intellectual property cases, courts often take the test of preliminary evidence as the trial criterion in the procedural phase of jurisdictional objection. Different from the preliminary evidence required in substantive trial, this criterion is defective because of its ambiguity. In comparison, the German law tends to adopt a theory of double relevant facts. This theory simplifies the procedural determination of relevant facts by presuming them to be true during the review of procedural preconditions of the civil litigation. Similar approaches have also been adopted in other jurisdictions. The protection of the defendant's interests, the emphasis on procedural preconditions and the comparison between the procedural effects of different tests all call for a shift from preliminary evidences to the presumption of truth under Chinese law. China should improve the institutional design of presumption of truth and the supporting procedures in light of foreign experience and its own legal tradition.

---

(责任编辑:余佳楠)