

# 日本重复起诉禁止原则及其类型化析解

段文波\*

摘要:前诉系属后,后诉当事人与前诉当事人同一且诉讼标的同一时,前后两诉案件即为同一,此时后诉构成重复起诉。出于诉讼经济计,同时为避免矛盾判决并维持司法秩序的统一,此徒增对方当事人讼累之后诉在理论上和实践中并不合法。是否构成重复诉讼属于消极诉讼要件,由法院依职权为调查,毋庸当事人主张,并采取职权探知主义。于重复起诉时,后诉虽不合法,但处理方式则视情形而定,即法院应当在立案审查时裁定不予立案,而在立案后则应根据具体情况裁定驳回起诉、中止后诉、裁定合并审理或另行指定辩论期日。

关键词:诉讼系属 重复诉讼 诉讼要件 职权探知

## 一、引言

在民事司法实践中,当事人有时会在前诉立案后就同一案件向同一或不同法院起诉。这种情形,即后诉当事人同一且案件相同的时候,便可能涉及重复诉讼的问题。就讲学上的称谓而言,无论名为重复起诉禁止抑或重复起诉禁止原则皆无不当。对于法院而言,重复起诉可能造成重复立案、重复审理甚至作出矛盾判决。这不仅会浪费有限的审判资源,而且容易扰乱司法秩序,毫无实益。对于被告而言,将会因此面临两次应诉,徒增不当烦扰和讼累。为避免重复诉讼,我国民事诉讼法仅规定立案阶段由后立案的法院将案件移送给先立案的法院,但没有规定如何处理已进入本案审理的重复诉讼问题。2012年《民事诉讼法》第二次修正,也未对此问题给予足够关注。不论从比较法上而言,抑或从我国民事诉讼立法史上来说,都对同一案件禁止重复提起诉讼作出了明文规定。<sup>(1)</sup>我国民事诉讼理论上对于重复诉讼的问题虽有零星关注,但未见深入类型化分析。有关重复起诉制度的诸多问题,从根本上讲,是因诉的制度引起。本文拟从重复起诉的概念和要件着手,就日本重复诉讼的识别标准进行一些粗浅的描述,继而将重复起诉的问题类型化并分析解决办法,最后从中寻求解决我国同类问题的线索,而未必是答案。虽然中国问题加上域外经验等于中国改革方案的八股式论证模式饱受诟病,但其中所蕴含的原理却正是以比较法的核心,即功能主义为圭臬。<sup>(2)</sup>遗憾的是,本文也未能免俗,仍深陷其窠臼,作为本文的托辞,这也许是无奈之举。面对立法条文缺失的当下,外国法条文的阐

\* 西南政法大学教授,法学博士。本文系国家社科基金《司法规则制定权的基本理论与制度建构研究》(13CFX050)的阶段性研究成果。

(1) 《德国民事诉讼法》第261条第3项规定了重复诉讼系属的抗辩。《大清民事诉讼律草案》第311条规定当事人不得就诉讼拘束中之诉讼事件,更行起诉。理由谨按:诉讼提起后须令各当事人于该诉讼终结前不得更就同一事件提起诉讼,以避有彼此抵牾之裁判,并防止耗费劳力、费用及时间。此本条之所以设也。

(2) 参见[日]大木雅夫《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第86页。

释也许是解释法学的惟一样本。作为大陆法系共同面临的一个问题,他山之石本就可以攻玉。由于我国的诉的制度是随着民事诉讼法制现代化由外国移植,这其中深受日本法的影响。因之,从法系意识上考察,研究日本法的重复起诉制度之规定,对于完善我国重复起诉制度的法理及制度设计,将具有非常现实的研究意义。

## 二、日本重复起诉禁止原则的适用要件

《日本民事诉讼法》第142条规定,对于已经系属法院的案件,当事人不得重新提起诉讼。此即重复起诉禁止原则,通常也与“禁止重复诉讼原则”以及“禁止二重起诉原则”通用。该原则意味着与诉讼系属中的案件同一的另诉将被禁止。对于适用此原则而言,首要问题便是如何识别前后两诉具有同一性。其次便是确定诉讼系属的时间。

### (一) 前后两诉同一性的识别标准

就如何确定两诉同一性的识别标准而言,存在如下两种截然不同的考察路径。一种便是从诉的构成要素出发,以要素物合作为判断标准;另一种则是另辟蹊径,着眼于重复起诉禁止原则的制度旨趣,探寻可能引起重复起诉的原因。

#### 1. 着眼于诉的构成要素的识别标准

关于诉的要素,学说林立。不论如何,各说均认可诉包含主观与客观两个方面,即当事人与诉讼标的。日本的通说也采用两要素说,认为当事人同一与诉讼标的同一是判断案件同一性的判断基准。<sup>(3)</sup>此外,还有一种变相的两要素说。即认为诉讼标的是原告对被告的权利主张,而诉讼标的同一以诉讼主体同一作为当然前提,即诉讼标的同一包含了当事人同一,因此案件同一只要满足诉讼标的同一即可。<sup>(4)</sup>其实两种观点并无实质差别,只是对诉讼标的概念的理解不同而已。笔者赞成两要素说,主张判断前后两诉是否具有同一性,需要从审判对象的主观和客观两个方面加以判断。

第一,当事人同一。诉讼上的请求是原告针对特定被告提出的权利主张,而诉讼的目的是相对地解决当事人之间所发生的纠纷。因此,即使以同一权利关系为诉讼标的,但只要当事人不同便并非同一案件。比如就同一物的所有权确认诉讼而言,前诉是XY之间,而后诉是XZ之间时,便不构成二重诉讼。但是,如果当事人同一,只是原告和被告的地位互换,那么前诉和后诉也构成重复起诉。尽管前诉与后诉中的当事人多数情形下具有同一性,但不局限于此。从接受判决效力的角度而言,后诉当事人必须是前诉中应受既判力约束的人。当然,重复起诉的主观范围也包括了和当事人等同视之的人。例如当事人以及为当事人持有标的物的人,选定人与选定当事人或者诉讼担当人与被担当的本人各自分别起诉或应诉的情形以及事实审口头辩论终结后受让诉讼标的之权利关系的人对同一权利关系起诉的情形,都会构成重复起诉。有原则就有例外,在债权人代位诉讼系属中,债务人否定原告(代位债权人)的代位权并以本诉的双方当事人为被告提起独立的当事人参加之诉时,因为既无审判重复之虞也不会引发诉讼不经济或者既判力冲突的危险,所以在需要保护债务人利益时,后诉合法。

第二,诉讼标的同一。日本的多数说认为,诉讼标的与重复起诉禁止的客观范围原则上应当统

(3) [日]兼子一:《民事诉讼法体系》,酒井书店1965年版,第174页。

(4) [日]三月章:《民事诉讼法》,有斐阁1959年版,第117页。

一。传统的诉讼标的论者将案件同一性的识别标准系于诉讼标的,主张“案件”同一即诉讼标的同一。前后两诉的标的,即审判对象之权利或法律关系必须同一始能构成重复起诉。当然,诉讼标的是否同一可能因诉讼标的理论而有所不同。根据旧诉讼标的理论,以争议法律关系为准的话,即便请求的旨趣同一,只要请求的原因不同,那么也并非同一案件。例如虽然都是同一物的交付请求,但基于所有权还是占有权提出就是不同的案件。反之,如果根据新诉讼标的理论,则请求的地位或旨趣相同,两诉的标的便相同,从而可以构成同一案件。如果根据诉讼标的二分肢说,诉讼标的的概念包含了权利保护的形式,因此即便当事人之间涉及同一法律关系或同一债权,如以确认之诉提出请求与以给付之诉提出请求,两者诉讼标的并不相同。相反,我国台湾学者陈荣宗认为,如果抛开权利保护形式,只要两诉涉及同一法律关系或同一债权,应认为诉讼标的相同,不能仅因同一债权的积极确认请求与给付请求形式上不同而认为两者诉讼标的不同。实际上,因为只要诉讼标的同一就会存在重复审理与矛盾裁判的危险,所以只要争议权利义务关系同一,并不需要原告就此提出的判决内容(请求的趣旨)也同一。

虽然深受诉讼标的理论影响,但总体而言,以诉讼标的为准考察案件同一性清晰明了,可操作性更强。

## 2. 着眼于重复起诉禁止制度旨趣的标准

与上述思路相反,第二种识别案件的路径乃是着眼于重复起诉禁止的制度旨趣。当下,颇为强势的观点主张弃用诉讼请求,而选用其他标准。但这些理论构成因论者不同而有所区别。其一,当事人基于共同请求基础所产生的其他诉讼标的而提起的后诉构成重复起诉。这种观点认为重复起诉禁止的根据在于阻止后诉引起诉讼程序,因此必须消除引起重复起诉的根源。而请求基础的同一性往往造成了案件同一。所以,两诉中的事实关系或基础资料同一,甚至共通的场合均构成重复起诉。<sup>(5)</sup>其二,以主要争点具有共通性作为重复起诉的判断基准。根据争点效理论,即使诉讼标的不同,只要两个案件中的主要争点共通,便应视为同一案件而禁止后诉。比如买卖效力在买主提起的标的物所有权确认诉讼中成为主要争点时,又另诉提起的标的物交付请求诉讼或卖主以买卖无效为由提起所有权转移登记撤销请求诉讼均构成重复起诉。还有在原告基于所有权提起土地交付诉讼中,被告是否可以租赁权作为抗辩成为主要争点时,后诉请求确认租赁权也构成重复起诉。<sup>(6)</sup>其三,在当事人请求重新审理本案时,前后两诉之诉讼标的同一自不待言,即使诉讼标的密切相关也会构成重复起诉。其四,主张从对立当事人、审判对象以及程序样态等各个层面进行利益衡量,综合考察前后两诉以更合理地实现禁止重复起诉的目的。<sup>(7)</sup>其五,主张从既判力客观范围出发重新考察诉讼标的的概念并以其机能为向导判断是否构成重复起诉。<sup>(8)</sup>

上述观点的共通之处在于重视重复起诉禁止的制度旨趣,因此即使在诉讼标的不同或者权利保护形式不同的情形下,只要存在重复审理与矛盾判决之虞,后诉便不得通过其他程序解决,而应当在系属的诉讼程序中以反诉或诉的变更一并处理。<sup>(9)</sup>上述观点所主张的重复起诉的基准存在诸多疑

(5) [日]住吉博《民事诉讼论集I》,法学书院1978年版,第294页。

(6) [日]新堂幸司《民事诉讼法》,筑摩书房1982年版,第157页。

(7) 同注6引书,第155页。

(8) [日]柏木邦良“诉讼标的概念的机能”,载《讲座民事诉讼(2)》,弘文堂1984年版,第181页。

(9) [日]中野贞一郎等《新民事诉讼法讲义》,有斐阁1995年版,第144页。

问。比如,请求基础的同一性乃是诉之变更的基准,如果同时将其作为排斥重复起诉的基准将会因涉及范围过于宽泛而限制当事人的诉权。此外,所谓“主要争点”也是在诉讼审理的过程中逐渐形成的,范围极广,笼统地将其作为识别重复起诉的基准也不具有可操作性。因此,不论以主要争点还是请求基础的同一性为标准判断案件的同一性,在诉讼初期都很难发现禁止重复起诉的必要性,所以在审理没有深度推进之前,将难以判断是否构成重复起诉。再者,既然与前诉标的“密切相关”的后诉标的并未系属前诉,因此不会导致前后两诉判决发生既判力冲突抑或重复审理和判决的问题,更何况何谓“密切相关”殊为抽象,难有定论。如果根据这些学说,以前不构成重复起诉的先决关系,比如本金债权与利息债权,基于所有权的交付请求与所有权确认诉讼等都必须在同一诉讼程序内通过诉的变更或反诉的方式加以解决。这种思路将形式上并不构成重复诉讼但可能造成重复审理和矛盾判决的情形也纳入了规制范围,也会因为不许另诉而在一定程度上限制了当事人起诉的自由,但从一次性解决纠纷的角度而言大有裨益。综上,笔者认为原则上应从诉的要素出发判断是否构成重复起诉,例外地辅以其他标准。

## (二) 日本重复起诉禁止原则的基准时

适用日本重复起诉禁止原则的时间基准是前诉处于诉讼系属的状态。所谓诉讼系属,即当事人之间的特定案件因起诉而处于国内法院待审的状态。当然,于后诉提起时,前诉虽已系属,但只要在后诉事实审口头辩论终结前,不论因撤诉或被驳回而致消灭,并不涉及重复起诉问题。

### 1. 诉讼系属的适用程序

诉讼系属是案件应通过既判力解决的诉讼程序,即判决程序中存在的状态。对此有如下几点需要说明:其一,须为国内法院判决程序,因此民事执行程序、民事保全程序、调停程序、仲裁程序等皆不会发生诉讼系属。例外的情形下,比如在督促程序中,支付令送达后因债务人异议而转入判决程序的状态也可以视为诉讼系属。<sup>(10)</sup> 必须注意,在外国法院诉讼或者仲裁程序均不在讨论之列。其二,只要是判决程序即可,诉是否具备诉讼要件在所不问。在法院裁定驳回诉讼之前,诉讼系属存续。此外,虽然当事人就一审终局判决提起上诉,但在案件尚未移审二审法院之前,仍然系属于一审法院。再者,诉讼系属是诉讼请求在判决程序中被审理的状态。因此,只是作为攻击防御方法的权利关系以及构成抗辩内容的权利关系不会发生诉讼系属。比如以所有权为由提起的财产返还请求诉讼中,原告的所有权以及被告提出抵销抗辩时的自动债权不发生诉讼系属。

### 2. 诉讼系属的发生时期

因为并无法律明文规定,所以对于诉讼系属的发生时期,日本的学说林立。总体而言,大致可以分为两种截然相反的思考路径。首先是尽可能统一诉讼系属的生发时间;其次是针对诉讼系属的各种法律效果分别确定诉讼系属的生发时间。

虽然试图统一诉讼系属的生发时间,但学说之间颇有分歧。第一种观点为诉状提出时说,这是曾经的多数说,即诉状提交法院时发生诉讼系属。我国台湾地区多数学者也认为诉讼系属的发生时间始于向法院提交诉状。第二种观点为诉状受理时说。主张诉讼系属以裁判长认为诉状符合形式要件而受理并指定口头辩论期日时为准。第三种观点为诉状送达时说。此观点为现在日本的通说。即便在大正15年日本民法修改之前,诉状提出时说被奉为通说且系判例所持立场,但也存在此说。该

(10) 同注3引书,第173页。

说认为原告、被告及法院三方主体同时具备时,诉讼始得成立。仅当诉状送达被告时,方可保障其参与诉讼的机会。因此,在当事人口头起诉的情形下,法院书记员所作笔录的誊本送达被告时或者简易法院中,当事人双方出庭口头辩论期日作出口头陈述的时间各自发生诉讼系属。因为被告在上述任何一个时间点都有机会参与程序。如果发生诉的变更或有中间确认之诉时,相当于诉状的文书送达时或者督促程序中对债务人发出的支付令送达时也将发生诉讼系属的效果。

不论是诉状提出时说还是诉状受理时说,都是在被告不知晓当前诉讼的情况下确定诉讼系属的时间。倘若如此,不论被告是否知悉,诉讼系属的效果仍会及于被告。于被告而言,显然欠缺程序上的参与保障。理论上,在原告向法院提交诉状,经由法院审查受理诉状直至诉状送达被告之前的这段时间,只是在原告与法院之间发生了诉状受理关系。于诉状送达被告前,虽然法院与原告已经建立关联,但与被告无涉。这两种状态本应有所区别,虽然日本民事诉讼法学中并没有特别的称谓,但德国法上将之称为“系属”,以明确区别于诉讼系属。正因如此,当诉状不符合形式要件或不能送达时,裁判长以命令驳回诉状或裁定驳回起诉。反之,如果此时已经发生诉讼系属,法院必须以终局判决的形式驳回诉讼请求并赋予被告提起上诉的机会。就立法例而言,日本旧民事诉讼法曾规定诉状送达时发生诉讼系属。<sup>(11)</sup> 仅就比较上述三说而言,以诉状送达被告时发生诉讼系属更能体现对于被告的程序保障,故更为可取。

相反,第二种路径认为脱离起诉的具体效果而抽象地讨论诉讼系属并无实益,所以应针对起诉的效果分别讨论诉讼系属的发生时间。<sup>(12)</sup> 该说认为,惟有诉讼系属,始能发生反诉、中间确认之诉、诉的变更、诉讼参加与诉讼告知等效果。但笔者以为,虽然上述复杂诉讼形态以诉讼系属为前提,但不能以此认为系诉讼系属的效果。此外,起诉后,为了维持诉讼程序的安定性并保障诉讼顺利进行,民事诉讼采用管辖恒定与当事人恒定原则,即虽确定管辖、当事人或诉讼标的等因素发生变动,并不影响诉讼系属。否则,其影响所及不仅对当事人方不利,且有害于公益。就起诉的效果而言,除了启动判决程序之外,莫过于时效中断。依民法规定,起诉系诉讼时效中断的原因之一。而此处所谓起诉,乃是当事人向法院提交诉状或口头起诉时,但不能就此将起诉时间径直等同于诉讼系属。理由在于,民法之所以规定起诉时发生时效中断,旨在避免因法院怠于实施审查诉状或送达诉状等诉讼行为而导致时效完成。是以,时效中断与期间遵守的效果乃是法律基于某种目的而规定,非为诉讼系属效果之一。当然,虽然时效中断时间与诉讼系属开始时间无关,但受其终结影响。比如在撤诉时,诉讼系属溯及既往地消灭,因此自始没有发生时效中断。综上,根据起诉效果分别确定诉讼系属时间实不可取。

### 三、重复起诉禁止原则的类型化规制

根据权利保护的形式,诉可分为给付之诉、确认之诉与变更之诉三类。虽然争议法律关系对于判断是否构成重复起诉具有决定意义。但是,原告所请求的权利保护形式对于特定诉讼标的也很重要,因此诉的类型不同也将影响是否构成重复起诉。比方说,在物的所有权确认诉讼系属中,原告基于该所有权另诉请求返还原物构成重复起诉。有鉴于此,本文拟将涉嫌重复起诉的情形按照诉的类型进

(11) [日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫《条解民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第842页。

(12) 同注6引书,第155页。

行归类,概分如下:

### (一) 同一权利关系的积极确认与消极确认请求

日本的学说认为,双方当事人各自提出正反两个请求完全属于互为表里的主张,系同一案件并无争议。我国台湾学者陈荣宗认为,债权人于起诉前提起确认债权存在之诉时,债务人不得于后诉提起确认债权不存在之诉,此时涉嫌重复诉讼。其理由在于,造成这种现象的原因有两诉声明正好相反或可以代用,其实系诉讼标的相同的结果。此时是否可以提起反诉呢?由于本诉原告与反诉声明处于完全相反状态,反诉原告与本诉被告声明同一,而本诉被告于本诉中已能获得保护,反诉实属多此一举,故不得提出。

值得注意,与围绕同一法律关系提出正反确认请求诉讼相类似的情形是围绕同一物的所有权发生争议的X与Y各自提起所有权确认之诉。对此,有观点认为,不论以何为标准,在同一当事人之间围绕同一物各自提起所有权确认诉讼的情形下,前后两诉的诉讼标的都是不同的。法院在否定原告是所有权人时未必审理被告是否有所有权,即使审理也只是理由中的判断,而非同一案件。相反的观点认为,因为一物一权主义,所以原告的所有权和被告的所有权势不两立,两个请求因相互矛盾而不能同时成立,任何一个诉讼结果都是两人中谁是所有人的争议。所以在X提起的诉讼中,Y的所有权主张也是判决对象。既然围绕同一物的确权诉讼已经系属,当然没有必要另诉。在操作上,后诉应在前诉中以反诉形式提出,即便另诉也应合并审理。<sup>(13)</sup>

本诉原告以其他共有人为被告提起分割共有物之诉,被告可否提起反诉请求分割同一共有物?对于此类形成诉讼,观点截然两分。一种观点认为涉嫌重复诉讼,后诉不合法。相反观点认为纵使构成重复起诉,也应许可。但在各自学说内部,理由不尽相同。前说学者依新诉讼标的理论之一分肢说为观察,认为上述诉讼之本诉与反诉,均系以共有物分割或离婚的法律效果为诉讼标的,应属同一案件。此诉系原被告两造构成的固有必要共同诉讼,而共有人全体仅有一个请求分割共有物的形成权,所以不生形成权主体不同的问题。至于分割方法,系法院职权范畴,也不生声明不同的问题,故系同一案件。由于涉嫌重复起诉,对同一时间提出的反诉(后诉)不应准许。<sup>(14)</sup>相反,如果按照传统对于诉的三要素说以及旧诉讼标的理论,为分割共有物而提起的本诉与反诉系不同案件,各共有人均独立拥有形成权,正如离婚所涉本诉与反诉时,原被告各有其独立的形成权。但于离婚诉讼或分割共有物诉讼而言,本诉原告提出的请求虽与反诉原告提出的请求相同,但因本诉原告与反诉原告各自拥有权利保护的利益和必要,所以反诉原告所拥有的权利保护利益与必要并不因本诉原告起诉及获胜而消亡。盖自反诉原告立场而言,其权利保护利益与必要,并非以本诉原告所获胜诉判决为重要内容,实系以本诉原告遭败诉判决及反诉获胜为核心。故此,即使本诉与反诉的诉讼标的同一,也不能因此不许本诉被告提起反诉或另外单独提起后诉,即不得褫夺其反诉或另诉的利益。

### (二) 部分请求与继续性请求

当部分请求诉讼系属中,围绕另行请求残余债权的诉讼是否构成重复起诉众说纷纭。具体来说,前诉就部分债权起诉,后诉就其余部分起诉时,是否构成重复起诉呢?认可部分请求的学说认为,前后两诉因诉讼标的不同而不构成重复起诉。反之,不认可部分请求的学说主张,部分债权诉讼系属

(13) 同注11引书,第156页。

(14) 陈荣宗、林庆苗《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第373页。

时,前后两诉的法律关系同一,即诉讼标的相同,所以另诉残部请求构成同一案件,应不许可。<sup>(15)</sup> 诚然,在实体法上,债权人有权分割请求债权。从取得债务名义的角度来说,债权人确有必要就残额债权再次起诉。但对于债务人而言,如此将负担双重讼累。因此,原告应在前诉中以扩张请求的方法追加残额请求,即原告不得另行提起后诉,应利用前诉扩张诉的声明始为合法。这种方式足以充分确保债权人的权利并减少债务人讼累。日本的判例认为,以残额请求提起另诉违反了重复诉讼禁止原则因而不合法。就算是从认可部分请求的立场出发,两诉虽然不同,最好还是通过扩张请求的方法提出残额请求。<sup>(16)</sup> 必须注意,对于借款关系而言,本金请求权与利息请求权两者在实体法上分别独立存在,因此,虽然前后两诉请求权的基础法律关系相同,但诉讼标的不同,故不构成重复诉讼。

即便债权人在前诉中明示只是部分债权,但与残额债权相比,除金额和数量外,实体法律关系并无本质不同,因此仍有重复审理和矛盾裁判之虞。且从债务人的角度观之,须就同一债权重复进行防御。这正巧符合重复起诉禁止的制度旨趣,因此不管对于部分请求持何种态度,为避免重复审理与矛盾判决且平衡被告的利益,并无必要认可债权人有权就残部债权提起另诉。

### (三) 给付之诉与积极确认之诉

如果诉讼标的相同,但原告于诉之声明所表示的权利保护形式有所不同,涉及同一诉讼标的之前后两诉,是否可能触及重复诉讼禁止原则呢? 这种情形主要涉及给付之诉与积极确认之诉的关系,且深受诉讼标的的识别基准的影响。对于同一债权人先后提起给付之诉与积极确认之诉而言,可以分为两类,即给付之诉先行型与积极确认之诉先行型。

首先是第一种情形,即前诉为给付之诉,后诉为积极确认之诉。例如原告于前诉声明法院判决被告给付原告10万元,继而后诉声明法院确认原告对被告拥有10万元债权。前后两诉所涉法律关系相同,且起诉的原因事实相同。不同之处仅在于原告提出的权利保护形式,即诉的声明或请求的旨趣不同。前诉要求给付,而后诉要求确认。学者对此情形是否违反重复起诉禁止原则以及如何处理颇有争论。有观点认为,法院驳回给付之诉未必因为原告没有债权,或因履行期限尚未届至,因此不构成重复诉讼。相反观点认为,确认请求和给付请求涉及同一请求权时,因为给付之诉同时包含了积极的确认请求,所以当给付之诉先行系属时,必先判断请求权是否存在,而本案判决的既判力也及于该请求权,所以没有必要认可请求确认之后诉。就该请求权提起积极抑或消极确认之诉均涉嫌重复诉讼。但多数学者认为,因为前后两诉标的出于相同法律关系,虽原告提出的权利保护形式不同,仍属同一案件,故后诉涉嫌重复诉讼。退一步而言,不论诉讼标的是否同一,此时法院仍有作出矛盾判决且为不必要重复审判之虞。<sup>(17)</sup>

其次是第二种情形,即前诉为积极确认之诉,后诉为给付之诉。如果将上述设例前后诉讼请求对调,即前诉原告提起10万元债权确认之诉,而后诉提起等额给付诉讼时,盖因给付诉讼的请求范围大于前诉请求范围且给付判决有执行力而确认判决无执行力,日本学者一般认为不构成重复起诉。但是,既然前诉与后诉所涉法律关系相同,于诉讼上而言并不经济,因此原告得利用其前诉程序,而将确认声明变为给付声明,应以扩张诉之声明的方法加以解决,而不得另行提起给付诉讼,即在积极确认之诉先行时,欲提起给付诉讼应采用诉的追加型变更。相反,陈荣宗教授认为债权人先提起确认诉讼

(15) 参见段文波“日本民事诉讼法上部分请求学说与判例评说”,载《环球法律评论》2010年第4期,第120-121页。

(16) [日]菊井维大、村松俊夫《民事诉讼法II》,日本评论社1978年版,第154页。

(17) [日]中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕《民事诉讼法讲义》,有斐阁1995年版,第184页。

后,又另行提起给付之诉违反重复起诉禁止原则,如果原告不主动撤回确认诉讼,法院得裁定驳回。笔者以为,如果构成重复起诉,法院得裁定驳回起诉自不待言。即便采诉讼标的二分肢说,当诉的声明或诉的原因事实之一有所变动时,诉讼标的即会不同。上述设例因诉讼标的不同而不构成重复诉讼。但是,通常先行确认诉讼并无权利保护利益可言,因此法院得以此为由裁定驳回其诉。

#### (四) 给付之诉与消极确认之诉

对于给付之诉与消极确认之诉,同样可以根据先后顺序分为给付之诉先行型与消极确认之诉先行型两种情形。

第一种情形下,前诉为消极确认之诉,后诉为给付之诉。有观点认为,如同认可积极确认请求的判决,驳回消极确认请求的判决也没有执行力。就此而言,给付请求的内容较确认请求范围更广,所以在消极确认之诉系属中不妨提起给付之诉。相反观点认为,如果确认之诉先行,另外提起给付诉讼的话,因所涉权利关系同一,难免引起审判重复与矛盾判决,所以当债务人作为原告提起消极确认之诉,声明确认两造之间并无10万元债权时,债权人如有必要提起给付诉讼,应于前诉同一诉讼程序中提起反诉以请求本诉原告给付,而不得另行提起后诉。<sup>(18)</sup> 仅就获取债务名义而言,没有必要认可债权人对已经诉讼系属的同一权利关系另行起诉。陈荣宗教授也认为,如债务人先提起债权不存在确认诉讼,而债权人另行提起同一债权的给付诉讼时,依禁止重复起诉的规定,为避免不必要的诉讼拖累及前后两诉判决发生矛盾起见,在解释上应认为债权人必须提起反诉始为合法。若债权人不利用本诉程序提起反诉,却另行提起给付诉讼时,法院应驳回后行起诉。如此解释始能兼顾已起诉债务人的利益。若法院驳回前行消极确认诉讼,则先行起诉的债务人将因败诉结果而负担诉讼费用,其结果显失公允。故于解释上,法院应驳回债权人所提出的后诉。其原因在于债务不存在确认诉讼系属之后,基于同一权利关系提起的给付之诉便会因为重复起诉而不合法,即所谓的“先着手主义”。相反观点认为,上述看法的合理性令人质疑。起诉前债权人与债务人就债务履行进行交涉并企图说服债务人自觉履行。但债务人先于债权人向自己更为方便的法院起诉并不能说明给予其优惠的合理性。如前所述,除了案件审理已经到了足以作出判决的阶段之外,债务不存在确认之诉因给付之诉之提起而不合法。换言之,债务不存在确认诉讼的确认利益因给付之诉而灭失。判例也持此看法。<sup>(19)</sup>

不难发现,上述两种观点不仅结论截然相反,而且分析的路径也是背道而驰。前者从重复诉讼出发,而后者则从诉的利益出发。笔者以为,两种观点皆有欠妥之处。就第一种观点而言,不允许债权人另诉而只许其反诉不啻为强制反诉,否则日后将以涉嫌重复诉讼禁止原则而褫夺其诉权。强制反诉制度最大的问题在于两点。其一,与处分权主义相互抵牾。按照民事诉讼法原理,是否起诉取决于原告的意愿。强制反诉以消灭诉权的方式肇致原告丧失是否起诉的选择权。其二,就立法例而言,强制反诉主要存在于英美法中,旨在实现纠纷一次性解决。比如美国联邦地方法院民事诉讼规则就规定了所谓的强制或必要反诉制度,即从原告请求基础的交易或事实关系所产生的被告请求必须以反诉的形式提出主张。相反,大陆法鲜有强制反诉的规定,仅零星可见针对特殊诉讼类型的例外规定,比如日本人事诉讼中,对于一定的请求要求强制反诉。<sup>(20)</sup> 但其优点在于尽可能一次性解决纠纷,也能达到避免重复审理和矛盾判决的效果。第二种观点的问题在于否定了诉的类型化的意义,具

(18) 同注3引书,第175页。

(19) [日]高桥宏志《重点讲义民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第111页。

(20) [日]上野泰男“反诉强制之诉讼的单一化”,载《大阪市立大学法学杂志》,1982年第2号,第107页。

许确认之诉原型观的意味。从诉的分类角度而言,消极确认之诉具有独立的诉之利益,其提起的必要性在于债务人可以藉此先行攻击,消除对其地位构成的现实不安和危险。其诉的利益并不因为债权人提起给付之诉而消失。换言之,消极确认之诉和给付之诉完全可以并行不悖,各行其道。彼此并不因对方而欠缺或丧失诉的利益肇致不合法。当然,从避免重复审理和矛盾判决的角度而言,上述两种观点各尽其能,殊途同归。

第二种情形为前诉是给付之诉,后诉为消极确认之诉。陈荣宗认为如果前后两诉涉及相同诉讼标的时涉嫌重复诉讼禁止条款。就给付诉讼与确认诉讼的关系而言,若两造间权利相同,给付判决当然包括确认判决。给付判决一经法院作出,无论原告胜诉抑或败诉,该判决同时均包括确权内容,所以在推理上,给付诉讼与确认诉讼具有全部与部分的关系。因此,于两者分别起诉时,确认诉讼不能对抗给付判决。换言之,给付诉讼得排斥确认诉讼,使两者不能同时分别系属于法院。于上述设例中,诉讼标的既然相同,给付诉讼又得包括确认诉讼,解释上应认为后诉有悖重复起诉禁止原则,法院应依职权审查并裁定驳回后诉。也有观点认为此时因诉讼标的的不同而不涉嫌重复诉讼,但如果前诉被告在前诉中便以债务不存在为由取得驳回请求判决达到了后诉的目的,但对方当事人对给付诉讼系属后提起的债务不存在确认诉讼并不具有确认的利益。<sup>(21)</sup>但是,不论以何种理由裁定驳回后诉均有剥夺后诉原告诉权之嫌,故有日本学者主张,在债权人先提起给付诉讼后,债务人虽不得另外提起后诉请求确认债权不存在,但可以利用前诉程序提起中间确认之诉。<sup>(22)</sup>在债务不存在确认之诉系属中,只要尚未达到足以作出判决的程度,基于同一债权提起的给付之诉原则上不构成重复起诉。虽然后诉不构成重复起诉,但是不难发现,这一设例的前诉由于欠缺诉的利益而会被法院驳回。反过来,给付诉讼的系属中又提起债务不存在确认之诉的时候,尽管也不构成重复起诉,那么后诉也因为欠缺诉的利益而不合法。

#### 四、我国重复起诉禁止原则的完善

我国民事诉讼法规定了共同管辖,即数个法院对同一个案件拥有管辖权。此次民事诉讼法修正,增加了默示协议管辖的规定,使得共同管辖的范围正日趋扩大。基于此,同一当事人可选择其中一个法院起诉,但完全可能同时或先后向两个有管辖权的法院起诉。当事人也可能会选择两个皆无管辖权或只有一个有管辖权而其他没有管辖权的法院起诉。凡此种种,皆会引起重复起诉的问题。当然,如果两次起诉皆未被法院立案,此时虽不生重复审判和矛盾判决之虞,但两次立案审查,且为实质性审查,司法资源重复使用亦在所难免。某种意义上,这种重复劳作的成本尚在容忍范围,因此我国重复诉讼的问题主要是当事人向法院起诉受案之后,法院判决或达成调解之前,当事人就同一案件再行起诉时,当如何处理。

##### (一) 我国重复起诉的识别

只要同属一案,不问前诉与后诉系属法院的异同和审级的异同,也不问起诉的时期和样态。即使提起单一独立之诉,抑或与其他请求合并提起,以及在诉讼程序中通过诉的变更、反诉或以诉讼参加

(21) 同注19引书,第113页。

(22) 【日】斋藤秀夫《注解民事诉讼(4)》,第一法规出版社1979年版,第136页。

的方式提起其他请求均会触及重复起诉禁止原则。所以,判断是否属于一案,兹事体大。

### 1. 同一案件的识别标准

如前所述,是否属于同一案件的判断基准,深受诉讼标的理论影响。日本的传统观点仅将争议法律关系同一作为案件同一的标准,勿论当事人提出的请求趣旨是否相同,所以引发了围绕给付之诉与确认之诉的复杂讨论。新近的观点将识别标准系于足以引起重复审理和矛盾判决的其他因素,但过于抽象而欠缺明确的操作依据,只是看起来很美。相比之下,德国法院因为普遍坚持诉讼标的二分肢说,所以重复诉讼的问题并不突出。但在可能引起重复审理和矛盾判决时,只能以诉的利益为由认定一诉不合法。当下,我国民事诉讼标的理论尚未形成定说,但从《合同法》第122条关于请求权竞合的规定来看,似以法律关系或请求权为准。以其作为同一案件的识别标准直观明确,简单易行。

与上述立法态度相左,我国最高人民法院(2005)民一终字第86号《民事裁定书》中认为,判断基于同一纠纷而提起的两次起诉是否属于重复起诉,应当结合当事人的具体诉讼请求及其依据,及其行使处分权的具体情况进行综合分析。如果两次起诉的当事人不同,具体诉讼请求也不同,相互不能替代或涵盖,则人民法院不能简单地因两次起诉基于同一纠纷而认定为重复起诉。由此可见,我国实践中判断案件的同一性时采用了二分肢说,即不仅考虑了争议法律关系,还考虑权利保护的形式,即诉的声明。由此推知,同一案件所生不同诉讼请求即便同时涉讼,也并不构成重复诉讼。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184条规定,在二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求和原审被告提起反诉的,二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求和反诉进行调解,调解不成的,应告知当事人另行起诉。而新增加的诉讼请求完全可能与系属二审的争议法律关系出于同一基础事实关系,甚或法律关系。而反诉则必定出于相关或相同法律关系。虽然同一案件并行适用调解与诉讼并不会违反重复起诉禁止原则。但是,只要两次起诉涉及同一争议权利义务关系,尤其是前后两诉系属同一审级法院时便可能出现重复审理和矛盾判决。

综上,结合立法明文规定的解释以及重复诉讼禁止原则的旨趣来看,我国识别重复诉讼的标准应以诉讼标的,即争议法律关系为原则。倘若坚持二分肢说,可能会导致诸多本应以重复诉讼为由排除的不合法诉讼进入实体判决程序,即滋生大量形式上不构成重复诉讼但存在重复审理与矛盾判决之虞的诉讼。虽然届时可藉诉的利益理论加以解决,但判断是否具有诉的利益,不仅涉及实体审判而浪费更多司法资源,且更为抽象和复杂。

### 2. 我国认定重复诉讼的基准时

首先,必须严格区分起诉与诉讼系属。当事人之间的特定案件因起诉而处于国内法院待审的状态被称作诉讼系属。由此观之,诉讼系属貌似起诉的效果。就我国立法例而言,《大清民事诉讼律草案》第309条也曾规定诉讼拘束自诉之提起始,但诉讼之提起由诉状之送达而生效力<sup>(23)</sup>即将起诉的效果系于诉状送达时。但是,通常所谓起诉,是向法院提出诉状。如口头起诉,便是口头陈述时。2012年修改后的我国《民事诉讼法》第217条规定,人民法院收到债务人提出的书面异议后,经审查异议成立的,应当裁定终结督促程序,支付令自行失效。支付令失效的,转入诉讼程序。因此在督促程序中,对支付命令提出合法的异议申请而向通常诉讼移转的时候,提出异议时视为起诉。<sup>(24)</sup> 不难

(23) 陈刚主编《中国民事诉讼法制百年进程》,中国法制出版社2004年版,第187页。诉讼拘束一语实为起诉所发生的实体上以及诉讼上种种效力之总名。虽用于民事诉讼律中最为便宜,实为日本人所译。

(24) [日]新堂幸司、小岛武司《注释民事诉讼法(1)》,有斐阁1991年版,第269-270页。

发现,引起诉讼系属的起诉与启动诉讼程序的起诉截然不同,分属两个不同的时间点,即此起诉非彼起诉。

其次,就诉讼系属的本质而言,乃在于案件处于实体审理阶段。日本民事诉讼并无立案审查程序,因此在诉状送达被告之前,仅在法院与原告之间发生诉状受理关系。而直到诉状送达被告后,案件始进入实质审理阶段。这便意味着法院当以判决形式就此阶段所生问题为判决。而在我国,在当事人起诉与诉状送达之间存在一个特有的立案程序。法院立案受理原告起诉之后,便已进入案件的实质审理阶段,而不问诉状是否送达被告。因此,我国民事诉讼立案受理时即诉讼系属。

### 3. 与相关理论区别

对于准确把握重复诉讼禁止原则而言,必须与效果类似的其他理论进行区分。

首先,必须厘清重复诉讼禁止与一事不再理原则的界限。前者是民诉原则,而后者适用于刑事诉讼。原本泾渭分明,而我国实践中却往往将二者混为一谈。比如最高人民法院(2005)民一终字第86号《民事裁定书》认为,当法院认定后诉为重复起诉时,应依照“一事不再理”原则驳回后诉。所谓一事不再理,即如有确定判决,不问胜负,同一案件的诉权消灭,再诉常不合法。刑事判决是对过去行为有无刑罚效果的判断。有罪或无罪的实体判决以及免诉判决确定后,同一案件再次被提起公诉时,法院可根据一事不再理原则作出免诉判决而不进行审理。但是,民事诉讼法中的确定判决并不具有一事不再理的效果。<sup>[25]</sup>

其次,必须区分重复起诉禁止与既判力的遮断效。由于同属消极诉讼要件、适用对象类似以及均可以诉不合法为由驳回诉讼,所以两者极易引起混淆。通常,判决拥有形式上的确定力之后,便不能通过上诉加以撤销,诉讼即告终结。但是,仅此并不能终局性地解决同一当事人之间的争讼。败诉当事人仍可主张前诉确定判决有误,而直接或间接以同一案件为对象提起后诉,以期通过新判决纠正旧判决。准此,法院将再次审理前诉已经判决过的案件,势必损及法的和平与安定性,且前后两诉判决之间亦有相互矛盾之虞。惟既判力始能阻止上述事态之发生。既判力禁止对同一诉讼标的之后诉进行审判,且确定判决的主文对后诉法院具有拘束力。但是,既判力的遮断效仅针对事实审口头辩论终结前发生的事实。此后因权利或法律关系变更而提起再诉未尝不可。即使没有产生新的状态,如有特别必要,比如为了中断时效或者在判决原本灭失却没有其他方法获得正本时也可以通过再诉的方式取得胜诉判决。由此可见,重复起诉禁止原则与既判力遮断效的区别大致有二:其一在于前者禁止重复审理和判决,而后者在一定情形下许可重复审理和判决;其二便是前者的基准时乃前诉处于诉讼系属中,未尝有确定判决,而后者则以前诉获得确定判决为前提。<sup>[26]</sup>

### (二) 我国重复诉讼问题之对策

重复诉讼系消极诉讼要件,由法院依据职权调查,且判定基础可依职权探知,毋庸当事人提出。就重复诉讼的处理方法而言,不应拘泥于单一的驳回起诉,而应针对具体情况,或合并审理,或中止延期等。

#### 1. 我国重复诉讼形态之职权调查

许可当事人就同一案件重复起诉,不仅会让被告承受二重讼累,而且也会无端耗费法院的时间、

[25] [日]林屋礼二、小野寺规夫《民事诉讼法辞典》,信山社1999年版,第4页。

[26] [日]吉村德重“既判力的本质与作用”,载《日本民事诉讼法的争点》,有斐阁1998年版,第232-233页。

费用和精力等审判资源。而一旦法院作出矛盾判决,无疑将会损及人民对于裁判的信赖。因此,前诉已经诉讼系属时,后诉被告可以此为由提出妨诉抗辩。比如《德国民事诉讼法》第261条以及我国《大清民事诉讼律草案》便规定一造若就诉讼拘束中之诉讼案件更行起诉,则他造得提出诉讼拘束之抗辩。但是,排除重复起诉虽有为被告利益计,但主要出于公益要求。因此,重复起诉乃是诉讼障碍事由。同一案件没有发生诉讼系属系消极诉讼要件。虽然法院实际上都是通过被告提示才知道同一前诉已经系属,但毋庸其申请,也不必问其态度如何,可径直以职权加以调查,而作出判断所需事实也可由法院依据职权探知。就立法例而言,《德国民事诉讼法》以及《大清民事诉讼律草案》均规定虽然被告可为抗辩,审判衙门亦得因职权调查诉讼拘束之有无。

## 2. 我国重复诉讼形态之应对方案

《大清民事诉讼律草案》规定,前诉如已在拘束中,审判衙门则应为驳斥后诉之判决。通常情形下,仅前诉已经系属便足以构成后诉不合法而被驳回的理由。如果将重复起诉禁止视同诉讼要件,那么一旦法院发现受理诉讼涉及重复起诉禁止,自当以诉不合法为由裁定驳回。但是,我国民事诉讼有个特殊的立案审查阶段,因此重复诉讼的情形略显复杂,处理方式也因后诉是否立案受理而有所区别,并非单一的驳回起诉,而应更为多样化。具体来说,包括驳回起诉、移送管辖、指定管辖、合并辩论、诉讼中止或另行指定辩论期日等方法。

首先,如果前后两诉当事人同一及诉讼标的同一,但受案法院并不同一的时候,则属于民事诉讼法第35条规定的两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以选择其一起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖,后立案的法院应当将案件移送先立案的法院,如果发生管辖权争议,则由他们先行协商,协商不成时则由他们的共同上级法院指定管辖。

其次,在前后两诉当事人、诉讼标的与受案法院同一的情形下,在立案受理后诉前,法院应对同一案件提起的后诉不予立案。反之,如果后诉已经被立案受理,法院通常藉被告提出的重复诉讼的抗辩发现涉嫌重复起诉,此时可以诉不合法为由裁定驳回。对于同一案件提起另诉的情形,如果仅在前诉中合并审理便足以消除重复起诉的不合法状态时,法院也可以不直接驳回起诉,而是尽可能合并审理。<sup>(27)</sup>这样做不仅可以达到一次性解决纠纷的目的并避免矛盾裁判,还可以防止当事人以拖延诉讼为目的就驳回裁定提起上诉。如果前诉系属上诉审而造成合并审理困难时,在前诉判决确定前,后诉程序应当中止。此外,已经诉讼系属的前诉与后诉构成先决关系时也可能产生矛盾判决,以此为前提的后诉也应当中止,待法院另行指定辩论期日续行审理,进而使前诉判决的内容反映到恢复审理的后诉中。<sup>(28)</sup>

由于我国司法实践中判断重复诉讼常采用诉讼标的二分肢说,所以前后两诉涉及同一请求权但权利保护形式不同时并不构成同一案件,此时也不妨从贯彻给付之诉与确认之诉机能分担的角度,例外地委于确认之诉的利益加以处理。<sup>(29)</sup>比如,在给付诉讼先行的时候,给付请求权确认之诉不存在诉的利益。<sup>(30)</sup>

(27) [日]新堂幸司《新民事诉讼法》,弘文堂1998年版,第198页。

(28) (2013)沙法民初字第01976号。该案涉及工伤赔付之前诉以及劳动关系确认之后诉,前诉被中止。

(29) 同注9引书,第120页。

(30) 重庆市第一中级人民法院立案庭对于给付请求权的确认之诉根本不予立案。

### 3. 忽视重复诉讼形态的救济方式

后诉与前诉虽然是同一案件,但法院因疏忽而作出的本案判决违法。救济的方式是当事人有权提起上诉请求撤销。但是,该判决一经确定即产生既判力,倘若没有再审事由便不能再行争议。后诉法院受该判决效力拘束,因而不能作出相反判断。当重复两诉并行系属时,既判力拘束以判决确定先后为准,而不论哪个诉讼先行系属。因此,当违法提起的后诉之判决先于前诉判决获得确定时,将会拘束前诉。如果两诉判决均已确定,虽然可以通过再审之诉撤销后确定判决,但在撤销之前,后确定判决作为法院的新判决具有优先效力。此时,就会产生“后诉确定判决的判决效拘束前诉”的逆反现象。<sup>(31)</sup>

## 五、结语

重复起诉不仅在理论上需要进一步廓清,而且在实践中也容易引发重复审理和矛盾判决等问题。其深入研究与诉的基础理论息息相关,而受诉讼标的理论的影响尤甚。关于诉与诉讼标的理论在我国仍然处于“剪不断、理还乱”的状态,因此在很长一段时间内,围绕重复起诉的学说与判例难以达成共识。当下,将实践中所出现的重复诉讼进行归类并提供相应的操作手法,有助于将来统一判例的认识,并为进一步深入研究提供感官素材,奠定理论上的基础。

### Analyzing Japan's Non Bis in Idem and Its Types

Duan Wenbo

**Abstract:** If there are two lawsuits with the same litigants and *res litigiosae*, they will be considered as identical and the latter lawsuit will become a repeated suit of the former one. A repeated suit, which is economically wasteful, is both theoretically and practically illegal because it may cause contradictory sentence, which is harmful to the unity of the judicial order, and may add meaningless litigation exhaustion to the other party. Whether a lawsuit breaches *lis pendens* belongs to the negative litigation elements, which should be decided by the court *ex officio* rather than availed by the parties. Although a repeated suit is certainly illegal, the way of handling it may vary from circumstances to circumstances. If the court finds a repeated complaint during the case filing investigation, it should decide to reject complaint. If, on the other hand, the court finds a repeated complaint after the case filing investigation, it should decide to dismiss the suit, stay the suit, try the suit in combination or change the debate stage.

**Keywords:** *litiscontestatio*; repeated suit; litigation elements; *ex officio*

(责任编辑:刘 彰)

(31) 同注11引书,第848页。