

诉讼抵销中重复起诉之判断及程序应对

蒋 玮*

摘要：诉讼抵销通常有抗辩先行型和另诉先行型之分。关于两种类型是否应当适用禁止重复起诉原则的问题，大陆法系的学理和实务上存有争议：如固守禁止重复起诉原则形式构成要件的立场，则两种类型均不构成重复起诉；而若从禁止重复起诉原则的旨趣出发，则另诉先行型不合法，应予规制。在我国《民诉司法解释》第 247 条的框架下，两种类型均属合法，但为避免实质上的重复审理而可能导致的不利后果，法官应当充分适用释明手段，同时后诉法院可适时采行诉讼中止等缓和的方式予以应对。

关键词：诉讼抵销；抗辩先行；另诉先行；诉讼系属；诉讼中止

一、问题的提出

我国最高人民法院于 2015 年 2 月颁行《民诉司法解释》。该解释第 247 条对诉讼系属中重复起诉的相关问题做出了明确规定^{〔1〕}：在识别标准上，采取诉之要素的形式要件，也即“三同说”（前、后两诉的当事人、诉讼标的、诉讼请求相同）；在规制措施上，法院通常应适用驳回起诉（通常为后诉）的裁定，例外情况可采用移送前诉法院合并审理的方式^{〔2〕}。然而，在

* 作者简介：蒋玮，甘肃政法大学民商经济法学院副教授，法学博士。

基金项目：本文系国家社科基金项目《实体与程序交错视阈下诉讼系属规则本土化研究》（项目编号：19BFX084）、甘肃政法大学重大科研项目《民事实体与程序交错视阈下诉讼系属规则研究》（项目编号：GZF2018XZD02）、甘肃政法大学重点科研项目《解释论下民事立案甄别分流之实务操作》之阶段性研究成果。

〔1〕该解释采取了将诉讼系属中与已生既判力的重复起诉合并规定的方式，其中后者不属于本文探讨的范围。

〔2〕对重复起诉规制的例外情况，从目前我国的法律规定来看，应当属于最高法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》（法发〔1994〕29号）第2条规定之情形：“当事人基于同一法律关系或者同一法律事实而发生纠纷，以不同诉讼请求分别向有管辖权的不同法院起诉的，后立案的法院应裁定将案件移送先立案的法院合并审理。”

诉讼法与实体法交错的部分特殊领域中,上述规定的具体适用问题尚有疑问〔3〕。其中,诉讼系属中的抵销是否属于重复起诉,当否适用第247条的规定,即属于该领域之代表性问题,本文将从诉讼抵销的基本法理入手,结合域外经验和禁止重复起诉理论的新进展进行考察。

二、诉讼抵销及其表现样态

(一) 诉讼抵销的法律性质之争

法律上的抵销,首先是民法上的概念,意指“二人互负债务,得以其债务与他方债务,按对等数额使其互相消灭。”〔4〕为抵销的债权,即债务人的债权称为主动债权、抵销债权抑或反对债权,被抵销的债权也即债权人的债权称为被动债权或主债权。抵销有广义和狭义之分,前者包括法定抵销和合意抵销,后者仅指法定抵销,抵销通常在狭义上使用。而诉讼上的抵销,是在民事诉讼中,被告主张自己对原告有满足抵销条件的债权而提出抵销,以达到在法院确认原告请求成立的情况下作出余额判决,从而减少或者消灭对方诉讼请求的目的〔5〕。诉讼上的抵销通常是所谓的预备抵销,通过“言词辩论中的表示”而做出,此时便出现了双重事实:消灭债权的实体法上的抵销表示和应导致诉被驳回的诉讼上的对该事实的主张〔6〕。对于诉讼抵销的法律性质,学界先后产生了以下学说:

1. 实体法说(或私法行为说)。该说认为其仍然属于民法上的法律行为,并不因为其在诉讼中表示而改变。申言之,诉讼抵销是当事人在诉讼中实施的实体法律行为,当事人主张抵销同时就是以诉讼行为的形式进行防御〔7〕,因此,其又被称之为双重要件说。根据此说,被告进行诉讼上的抵销抗辩时,一方面发生实体法上的抵销效果,另一方面则发生当事人的诉讼胜负结果与判决的既判力〔8〕。我国大陆地区学界有个别学者对此说有认识上的不同,认为不宜将实体法说等同于双重要件说,两者应当是相互独立的学说:实体法说诉讼抵销也应当仅仅是实体法意义上的抵销行为,无论诉讼结果如何,均将发生实体法上形成权的效果〔9〕。

2. 诉讼法说(或诉讼行为说)。与实体法说相反的观点认为,诉讼上的抵销,作为一种诉讼行为只适用诉讼原则,全部意义在于影响诉讼进程和法院裁判。相较而言,诉讼法说避开了实体法说必须讨论的以诉讼为条件的困难〔10〕。由于此说将实体法上之意思表示及其相应的效果排除在外,诉讼抵销之诉讼行为须待法院确定判决后方能发生消灭债权之抵销效果,若诉讼中原告撤回起诉而使得诉讼终结,那么被告主张的诉讼抵销也将因此而成为无用之行为。总而言之,诉讼抵销应遵循诉讼法上关于诉讼行为的一般原理。日本学者三月章、斋藤秀夫等教授持此观点〔11〕。

〔3〕 常见的交叉领域主要有票据诉讼、代位权诉讼、部分请求诉讼、抵销诉讼以及请求权竞合诉讼等具体场合。

〔4〕 马俊驹、余延满:《民法原论》(第四版),法律出版社2016年版,第608页。

〔5〕 陈桂明、李仕春:《论诉讼上的抵销》,载《法学研究》2005年第5期。

〔6〕 [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第238页。

〔7〕 [德]罗森贝格、施瓦布,戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第750页。

〔8〕 陈荣宗:《诉讼上之抵销》,载《民事程序法与诉讼标的理论》,台湾大学法律学系法学丛书委员会1984年版,第283页。

〔9〕 同前引〔5〕。

〔10〕 同前引〔7〕。

〔11〕 陈计男:《论诉讼上之抵销》,载《程序法之研究》(三),三民书局2001年版,第4页。

3. 折衷说。此说认为一方面，诉讼抵销系单一行为，但同时具备实体法与诉讼法的双重性格，在概念上无法分开观察而应当统一加以理解；另一方面，诉讼抵销之法律效果在诉讼未获最终结果之前亦处于未定状态，若实体法或诉讼法要件欠缺其一，诉讼抵销的全体法律效果均不发生^{〔12〕}。代表性学者为日本学者菊井维大教授。

德国、日本以及我国台湾地区的学理通说均赞同实体法说，在我国大陆地区较为有限的学术论著中，实体法说与诉讼行为说各有支持者，亦有个别学者倾向于折衷说^{〔13〕}。而对诉讼抵销法律性质的不同认识，将直接影响到对是否发生既判力、有无诉讼系属效力等具体问题的判断，如持实体法说者大多否定诉讼抵销的诉讼系属效力，而诉讼法说者则肯定、折衷说者部分肯定其诉讼系属效力。

（二）诉讼抵销的表现样态

德国和日本在学理上将诉讼上的抵销分为两类：抗辩先行型和另诉先行型（或者称之为抗辩后行型、别诉先行型）^{〔14〕}。前者表现为诉讼系属中，针对已经用于抵销的债权，另案提起新的诉讼；后者则为将已经在其他诉讼提起的债权，作为自动债权用于抗辩。在抗辩先行型中，与发生系属的诉讼相关联，新产生了诉讼追行的需要，在此前提下对方当事人是否认同另案起诉成为关键；而另诉先行型的情况是，部分实体权利已经成为审判对象，该权利在与对方当事人的其他诉讼中又被用于防御活动，争议就变为这种行为是否会得到认可。两者同为权利行使的界限问题，但区别在于前者是积极行使的界限，而后者为防御活动的界限^{〔15〕}。

除此之外，有学者提出还存在抗辩并存型，也即当原告以两个不同的债权提起两个诉讼时，被告可否在这两诉讼中，以同一个（单一）反对债权提出抵销的主张^{〔16〕}。我国台湾地区学者在维持前述两种常见类型的基础上，进一步提出另外两种类型：一种为就同一债权，于诉讼中作为主动债权，并于同一诉讼中就该债权提起反诉；另一种为就本诉请求之债权，在反诉中作为主动债权主张抵销^{〔17〕}。本文主要以常见的两种表现样态为分析对象。

三、抵销抗辩是否构成重复起诉的学理论争

以对诉讼抵销的法律性质所持立场为出发点，在针对诉讼抵销的表现样态是否构成重复起诉的问题上先后形成了合法说、不合法说和部分合法、部分不合法说（包括抗辩先行型合法、另诉先行型不合法和抗辩先行型不合法、另诉先行型合法）。其中合法说一度成为德国、日本学界的通说，近年来不合法说在日本学界逐渐成为多数观点^{〔18〕}，折衷说也比过去有了更多的支持者。以下分类型详论：

〔12〕 同前引〔8〕，第284页。

〔13〕 如支持实体法说代表学者有耿林、王晓玲；支持诉讼法说的学者有张艳丽、陈桂明、李仕春；支持折衷说的学者有刘学在等。

〔14〕 [日] 栗原良扶：《抵销抗辩和二重起诉禁止》，载《大阪大学法学研究》1982年第1—2期。

〔15〕 [日] 佐野裕志：《抵销抗辩和二重起诉禁止——兼论诉讼中诉讼的提起和二重起诉法理》，载《一桥论丛》1997年版，第47页。

〔16〕 [日] 高桥宏志：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第129页。

〔17〕 李木贵：《民事诉讼法》（下），元照出版有限公司2007年版，第4—63页。

〔18〕 [日] 加藤新太郎：《讲座 民事诉讼法再入门 第5回 重复诉讼禁止》，载《司法书士月报》2016年版，第59页。

（一）合法说

根据此说，无论是抗辩先行型中的别诉还是另诉先行型中的抵销抗辩均不构成重复起诉。例如在抗辩先行型的情形下，德国学界的通说否定抗辩具有诉讼系属的效力，主要理由在于抵销人虽然以抵销抗辩主张诉讼债权在抵销债权的数额内消灭，但并不像在其他消灭权利的防御手段中一样，抵销人恰好要求作出独立裁判，确认诉讼债权被抵销所消灭。对作为防御手段的抵销作出的实体裁判虽然具有既判力，以避免产生其他诉讼，但抵销债权却不会因为主张抵销抗辩而发生诉讼系属^{〔19〕}。

日本学界通说对合法说立论的理由主要在于：第一，根据民法规定的禁止重复起诉原则，对其适用应当具备两诉讼事件诉讼标的法律关系同一的前提条件。因此在诉讼中如以抗辩的方式（也即攻击防御方法）提出，则不应当适用该原则。根据此法理，无论是抵销抗辩的何种形态均不应当适用禁止重复起诉原则；第二，抵销抗辩仅为（或更多地是）预备性的防御方法，在判决中并不一定被法院斟酌，因此关于抵销抗辩的审理判断，法官首先应当确认主债权是否存在，进而在无其他抗辩存在时对其加以裁判，故而如主债权不存在或者有其他抗辩存在时，就不必予以斟酌审判^{〔20〕}；第三，即使如此设置类似禁止重复起诉的限制，将有碍被告在诉讼中的防御，尤其是在另诉先行型的情形中，撤回起诉如果不征得对方当事人的同意，将造成因抵销而封堵防御途径之结果，被告的程序保障权由此而受到侵害；第四，在前后两诉中当事人具有共通性，法院通过适当的诉讼指挥，即可有效避免既判力间的抵触等等^{〔21〕}。

此外，针对抗辩并行型是否构成重复起诉的问题，日本有学者指出：从程序法的视角来看，“抵销的预备性抗辩包含着一种‘被告考虑到有可能以其他理由获得胜诉，只是在不得已的情况下才提出该抵销’之性质”^{〔22〕}。况且，在被告的债权实现了对前诉或后诉债权的抵销后，对方当事人可在另一诉讼中以此为由对被告提出的另一抵销主张抗辩。如若原告在一个诉讼中合并提起两个债权请求，被告也可以一个债权来预备性地抵销前述两个债权。无论针对前诉债权抑或是后诉债权，被告对于其债权的抵销担保机能均可期待，故而法院对此种情形下抵销抗辩的审理不违反禁止重复起诉原则，也即被告可基于同一债权并行地主张抵销之抗辩^{〔23〕}。

根据以上理由可知，合法说较为注重形式论理，其采用现行民事诉讼法的理论加以推论，其优势在于理论前后逻辑的一惯性，但缺陷亦较为明显，也即往往难以避免互相矛盾的判决。

（二）不合法说

此说认为，抵销抗辩的两种样态均应类推适用重复起诉的禁止效，主要依据的理由是：第一，针对同一债权是否存在，既判力有相互矛盾和抵触的可能性；第二，在不同法院审理造成诉讼浪费；第三，抵销抗辩从机能上看和诉讼系属实质上相同，故而对其审理仍然构成重复起诉。第四，上述风险并不能通过法院的诉讼指挥得以避免。持此观点的学者仍然在下列问题存在内部分歧：抵销抗辩从诉讼上反对债权的主张功能方面看，也就是被限缩的反诉，自动债权已经归于诉讼系属，或者抵销抗辩并不仅仅发挥着防御方法的功能，也发挥着自动债权的贯

〔19〕 同前引〔7〕，第753页。

〔20〕 曹鸿兰：《诉讼上之抵销与诉讼系属之问题》，载《民事诉讼法之研讨（五）》，民事诉讼法研究基金会1996年版，第369页。

〔21〕 [日]中野贞一郎：《抵销抗辩和二重起诉禁止》，载《奈良法学会杂志》1992年第3期。

〔22〕 同前引〔16〕，第129页。

〔23〕 同前引〔16〕，第130页。

彻功能，所以主张自动债权抵销与重新提起诉讼的效果相同^{〔24〕}。另有学者从争点效理论出发提出，无论何种类型，只要前后诉讼事件之主要争点共通，即为不合法。还有学者提出抵销的抗辩属于“经缩减的反诉”，也即未发展的反诉，因而禁止重复起诉原则理应对其适用。从上述理由来看，不合法说具有较为鲜明的实质论理及利益衡量倾向。

（三）折衷说（部分合法、部分不合法说）

该学说主要是基于实务上的判例得出的见解，针对抗辩先行型和另诉先行型分别加以考察，通常表现为抗辩先行型的另诉合法/不合法和另诉先行型的抵销抗辩合法/不合法。在此说中，就抗辩先行型，后诉属不合法，应当在前诉中以反诉为之；对另诉先行型，后诉的抵销抗辩不属于重复起诉，应当准许其提出。

四、司法实务对抵销抗辩是否构成重复起诉的回应

（一）司法实务对抵销抗辩是否构成重复起诉的立场

1. 德国司法实务的立场。在德国，其 1877 年民事诉讼法第 235 条草案理由中即指出诉讼系属之抗辩与既判事项之抗辩有同一范围，别诉如就诉讼系属中之请求权提出抵销抗辩之主张时，应当受到本条诉讼系属效力之适用。此后，德国最高法院于 1882 年之判例，否定了上述立法意旨，否定抵销抗辩为诉讼系属^{〔25〕}。1971 年 11 月 11 日，德国联邦法院下发了关于抵销权的判例，判明在同时系属的另行起诉中，已经起诉的债权不妨碍该抵销，并且对于另诉先行型的问题，以前诉债权抵销并非使自动债权变为诉讼系属为由，判定以此债权另诉合法。随后联邦法院陆续发布同旨判例，学界接受法院判旨的人数也逐渐增多。目前无论是抗辩先行型还是另诉先行型，判例通说均认为其合法。

2. 日本司法实务的态度。日本司法实务对抵销抗辩的态度和立场大致表现为支持折衷说。在最高法院昭和 63 年（1988 年）3 月 15 日终审裁定、最高法院平成 3 年（1992 年）12 月 17 日终审判决中确定了另诉先行型适用禁止重复起诉的观点。昭和 63 年的案件为劳动者请求认定解雇无效并请求判决公司支付工资，对依照支付工资的假处分而获得支付金的劳动者，公司方在取消假处分后提起了假处分金返还请求诉讼，并提出将本案中作为自动债权的诉讼标的即工资债权和假支付金返还请求权相抵销的抗辩。对此，最高法院认为抵销抗辩不合法，在陈述理由时也解释说明了该案的的特殊性^{〔26〕}。在平成 3 年的判决中，法院最高法院已经脱离案件的特殊性，从一般的不合法说的角度说明了抵销抗辩不合法的理由：抵销抗辩所提出的自动债权存在与否的判定对以抵销对抗的金额具有既判力，对于自动债权存否的问题，也有可能产生矛盾判决，虽说抵销抗辩时有必要注意不要妨碍法的稳定性，但理论上、现实上均很难防止；从这些要点考虑，民事诉讼法禁止重复起诉规定的宗旨，不仅限于对于同一债权重复起诉、诉讼系属的情况，已在系属的别诉中成为诉讼标的的债权在其他诉讼中作为自动债权提出抵销抗辩的情况也同样适用。在本案中，抵销抗辩直至控诉审才被提出，在抵销抗辩提出时两诉讼的辩论已经合并审理，所以并无阻碍采用不合法说的事由。最高法院平成 3 年的该判决产生了深远的影响，自判决做出后，下级法院的判例也明确了另诉先行型中抵销抗辩不合法的立场。

〔24〕 同前引〔21〕。

〔25〕 同前引〔11〕。

〔26〕 同前引〔21〕。

3. 我国台湾地区司法实务之立场。我国台湾地区司法判例持合法说之立场,如“最高法院”22年上字第267号判决指出:抵销抗辩并不使对待债权发生诉讼拘束,故对待债权另在诉讼系属中,仍不妨以供抵销之用^[27]。“最高法院”29年上字第1232号判决书裁判要旨指出:主张抵销之对待请求,虽另在诉讼系属中仍不妨以供抵销,业经本院于旧民事诉讼法时代著有判例,在现行民事诉讼法亦应为同一之解释。本件上诉人既在事实审,主张对于被上诉人有一万余元红利之债权,已足抵销所欠被上诉人之款项而有余,则无论上诉人曾否就其主张之红利债权另行起诉,而其在本案诉讼所为之抵销抗辩,是否正当,要不能不予审究^[28]。台湾地区“最高法院”曾于1966年12月28日民刑庭总会提案审议诉讼抵销抗辩与诉讼系属之关系问题,经决议后仍采行合法说。此外,在高等法院历年法律座谈会汇编1955年至1984年法律问题的座谈会上对该问题也持合法说^[29]。

(二) 司法实务的程序应对

在德国、日本传统的禁止重复起诉原则之下,对构成重复起诉的具体事件只有一种处理方式,即驳回后诉。这实际上是一种“非黑即白”的绝对型粗放的处理方式,与既判力中前诉既判力及于后诉的构造大致相同。而日本的现代理论受美国的影响尤甚,采取了扩大说,主张除驳回后诉外,还可采取程序中止及诉的合并等多种处理方法,增加了处理方式的灵活性和多样性,这与既判力消极效力的处理方式形成鲜明对比。此外,在传统理论中,对当事人提起后诉的动机等主观因素并非法官考量的因素,重复起诉的起诉是否合法也仅为后诉法院的审查任务,缺少法院之间以及当事人之间协作。现代理论则强调前、后诉法院之间的沟通和配合,同时也提倡加强当事人之间的协作。

无论对诉讼抵销抗辩的上述情形持何种立场学说,最终均需要作出程序上的处理。合法说完全认可当事人抵销抗辩的权利,因而程序上将允许后诉提出抵销抗辩或者提出后诉,后诉法院照常进行审理,对此处理方式不会引起争议。但是在不合法说和折衷说下,当事人的抵销抗辩乃至提出的后诉被视为不合法或部分不合法,那么在程序上如何处理将会发生认识和操作上的差异:在作出不合法的认定下,法院作出驳回之裁定,于法有据,但对是否充分保障了当事人的程序利益以及诉讼是否经济尚有疑问;若不采取驳回起诉这种绝对化、一元化的处置方式又应当如何处理,亦有不同之选择和应对。

五、禁止重复起诉原则下诉讼抵销论争之再审视

(一) 禁止重复起诉原则的理论嬗变——以日本为例

禁止重复起诉原则最早可追溯至罗马法时期:在法律诉讼中,最为关键的环节是双方通过交互进行庄严地主张和反主张或者否认来“参予诉讼”,也即“证讼”(litis contestatio),它最初要庄严地请求旁观者见证所发生的事,在此之后,原告的权利被认为已经“被行使”,即使未获判决,也不能基于同一主张提出新的诉讼^[30]。受其影响,德国形成诉讼系属理论,将禁

[27] 同前引 [11]。

[28] 姜世明:《民事诉讼法注释书(三)》,新学林出版股份有限公司2014年版,第231页。

[29] 同前引 [20]。

[30] [英] H. F. 乔洛维茨、巴里·尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆2013年版,第240页。

止重复起诉作为其消极效力在民事诉讼法中予以明确规定^[31]。在英美法系一端，则发展出了普通法意义上的终止诉讼抗辩（Plea in Abatement）^[32]。较之于德国，日本学界对禁止重复起诉原则的研究更为系统，并贯彻了“兼容并包”的精神，尤其是吸收借鉴了美国经验的有益成分。以二十世纪七十年代为界，可将日本的禁止重复起诉理论划分为传统理论和现代理论。

1. 传统理论。日本传统的重复起诉禁止论依据诉讼当事人及其诉讼上的请求引申出的诉讼标的来界定范围，也即狭义的重复状态。但诉讼标的的重复这一表述似乎并不全面，仅在事实或法律争点上共通的关联诉讼原则上不属于重复起诉禁止论的范畴。在传统理论中，当事人的重复起诉通常被视为缺乏合理性的病理现象，而不论案件类型，也不会从当事人当时所处之具体情境或者内在动机等方面予以考察。在此前提下，针对重复起诉的行为，法院出于防患于未然的目的，直接采取驳回起诉便成为唯一、彻底的解决方式。由于传统理论是在禁止重复起诉原则的适用范围与重复状态中两诉处理方法上，极其自我限制性地发展起来，又将其称之为限制说。在限制说下，对重复起诉的识别通常采用的是诉之要素的判断标准，也即“以诉的同一性为依据”^[33]。在日本的民诉理论中，关于诉的构成要素的观点不尽一致，但对其包含诉的主体和客体（也即当事人和诉讼标的）基本没有异议，由当事人和诉讼标的构成的“二要素说”成为当时的通说。

2. 现代理论。在对传统理论反思的基础之上，住吉博教授在《重复诉讼禁止原则的再构成》一文中首倡重复起诉禁止原则适用的扩大化，即扩大说。该学说认为遵照诉讼经济与裁判间的协调之精神，真正的问题不是禁止重复诉讼而是禁止诉讼手续的重复，诉讼重复仅为诉讼手续重复的典型情况。诉讼手续是否重复的判断标准应依照共通审理必要性之请求基础同一性（事实资料的共通性）。重复起诉禁止原则的效果是禁止首次起诉后，无论后诉诉讼手续是否中止，中止之后没有续行价值的诉讼（前后诉请求完全同一或请求基础同一情况下诉讼变更、反诉等）。前、后两诉在同一诉讼中合并审理时，因诉讼手续并未重复，不在排除之列^[34]。

此后，现代理论经三木浩一教授得以继续发展：第一，对传统理论与现代理论各自的缺陷进行了整体性的评价与反思，在肯定现代理论也即扩大说基本立场的前提下，指出重复起诉禁止论应当在重复性后诉的当事人动机和具体的案件情形之间进行具体的利益衡量，为实现对重复起诉的有效处理，有必要考虑前诉法院与后诉法院的“联袂演出”^[35]。第二，运用比较法的方法，将美国法上关于重复起诉禁止的制度经验与理论研究引入了日本现代理论之中，提出重复起诉禁止论研究范式的转换，从墨守诉讼要件论为前提的前诉优先原则，走向复杂诉讼论对

[31] 如早在 1877 年，德国统一后的第一部民事诉讼法第 235 条规定因诉讼之提起，生诉讼事件之裁判关系，裁判关系所具有的效力之一即为：在裁判关系之继续中，若原被告之一方使诉讼事件关系于他裁判所时，则相手方得为裁判关系之抗辩。裁判关系的其他效力为诉讼裁判所之权限于状况生其变更无所关系，原告非得被告之承诺，无变更诉讼之权。也即管辖恒定和当事人恒定。参见《德国六法》，冷霞点校，上海人民出版社 2013 年版，第 370 页。德国现行民事诉讼法第 261 条第 3 款第 1 项规定：诉讼系属中该诉讼事件不能由任何人另使其系属。参见《德国民事诉讼法》，丁启明译，厦门大学出版社 2016 年版，第 60 页。

[32] Allan D. Vestal, Repetitive Litigation, 45 Iowa L. Rev. 528 (1960).

[33] [日] 山本弘：《重复起诉的范围和法律效果》，载《民事诉讼法的争点》（第 3 版），有斐阁 1999 年版，第 120 页。

[34] [日] 住吉博：《重复诉讼禁止原则的再构成》，载《民事论论集》（第一卷），法学书院 1978 年版，第 255—299 页。

[35] [日] 三木浩一：《重复诉讼论的再构造》，载《庆应私塾法学研究》1995 年第 12 期。

高效处理诉讼与当事人程序自治的权衡原则^{〔36〕}。

在现代理论扩大说之下,对重复起诉的识别标准已不再局限于外观诉之要素条件,而是从禁止重复起诉的制度旨趣出发,也即避免增加被告的应诉之烦,法院重复审理之不经济以及预防就同一事件产生相互矛盾之判决。申言之,如若后诉将有上述之虞时,即便与前诉并不构成形式上的同一事件,也应适用禁止重复起诉原则。该识别标准有效避免了诉之要素标准下形式上不属于重复起诉,但是实质上构成重复起诉的缺陷。

(二) 禁止重复起诉原则视阈下之诉讼抵销论争

上述抗辩先行型中的后诉以及另诉先行型中在后诉提起之抵销抗辩是否发生诉讼系属的效力抑或是否与前诉构成重复起诉的问题,实质上是对禁止重复起诉原则是否扩大适用的问题。由此形成的合法说和不法说的对立,主要是采取形式论理和实质论理的进路分野。不法说乃至部分不法说基本属于禁止重复起诉理论现代理论的践行者。而关于禁止重复起诉原则的扩大适用问题,则是对程序的容纳度和纠纷的一次性解决机能的强调,同时还应辅之以对当事人充足完备的程序保障和与相关程序制度的有效衔接。日本理论和司法实务逐步倾向于对诉讼抵销上述类型的否定立场之趋势,与其禁止重复起诉的扩大化适用步调基本一致。

六、我国现行法框架下诉讼抵销是否构成重复起诉之判断及程序应对

(一) 《民诉司法解释》第247条下诉讼抵销是否构成重复起诉之判断

我国《民诉司法解释》第247条规定了构成重复起诉的“当事人相同、诉讼标的相同以及诉讼请求相同或否定前诉请求”之诉之要素形式判断标准。法官的审查应当按照诉之要素的先后顺序依次进行,当前一条件满足后,再进行下一条件的审查,其中任何一个条件不满足时,则不能认定为重复起诉。就抗辩先行型与另诉先行型而言,当事人相同的标准应无异议,问题的核心在于诉讼标的的判断。在最高法院颁行的关于《民诉司法解释》理解与适用一书中,对第247条规定的“诉讼标的”概念的解释采“实体法律关系说”^{〔37〕}。我国2018年之前的司法考试涉及诉讼标的的题目官方公布的标准答案也持相同的立场。^{〔38〕}在“实体法律关系说”下,抗辩先行型的抗辩与后诉、另诉先行型的前诉与抗辩虽然就同一债权债务关系存在密切关联,但是抵销抗辩作为防御性方法的性质却无实质性的变化,也即其无法构成诉讼标的本身。既如此,诉讼标的不同,则不应当适用禁止重复起诉原则及其规制方法,抗辩先行型与另诉先行型应均属合法。

(二) 我国现行法框架下之诉讼抵销之程序应对

根据以上我国现行法的解释论,抗辩先行型和另诉先行型均属合法,在诉讼中只需续行程序即可,但是考虑到无法完全避免法院审理的重复和裁判矛盾之虞(尤其是在另诉先行的场合下),因此在利益衡量的基本立场下,本文认为可以充分利用现有的制度予以应对。具体言之,一方面,后诉法院的法官可向原告释明,其可通过撤回后诉在前诉中提起反诉的方式实现自己的权利诉求;另一方面,后诉法院可适时适用我国《民事诉讼法》第150条关于诉讼中止裁定的规定,后诉需以前诉的裁判结果为依据的,而前诉尚未审结,可以裁定中止后诉。待前诉裁判结果确定后,再恢复后诉的审理。

〔36〕 同前引〔35〕。

〔37〕 沈德咏:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第635页。

〔38〕 参见我国2002年司法考试试题卷三第28题、2009年司法考试试题卷三第37题。