

# 重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”

张卫平\*

---

内容提要 如何应对重复诉讼是我国民事诉讼实践中经常遭遇的问题。从避免法院就同一诉讼标的的案件进行重复审理,防止可能作出相互矛盾的裁判,以及有效利用司法资源,实现诉讼经济等因素考量,原则上应当禁止重复诉讼。但对于如何界定重复诉讼,判断的标准以及相应的应对措施等问题理论界尚未有深入的探讨。应结合我国的情形和国外的相关理论研究,分析和阐述我国民事诉讼禁止重复诉讼原则及其适用的基本法理。

关键词 重复诉讼 一事不再理 既判力 诉讼标的

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.02.004

## 引言

“一事不再理”(有时也表述为“一事不二理”)是诉讼实务界和理论界,无论是刑事诉讼还是民事诉讼领域中,都经常提到或适用的一个概念。最高人民法院2001年出台了《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7号)。该解释第6条规定:当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求,诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。最高人民法院的这一司法解释中没有进一步说明基于什么理由不予受理。但从最高人民法院民一庭编著的《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释〉的理解与适用》一书中,作者指出该条规定的理论依据是“一事不二理”原则。<sup>①</sup>虽然没有直接表明否定性规制,而是表述为一种诉讼现象,“重复诉讼”这一概念却通常只在民事诉讼或民事审判中使用,尤其是近些年来在法院的裁判文书中经常可以见到。在民事诉讼实务中,一事不再理与重复诉讼这两个概念往往是彼此联系的。

笔者注意到,当事人及律师使用一事不再理这一概念的比较多。通常的情形是一

---

\* 清华大学法学院教授,博士生导师。

① 最高人民法院编著《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释〉的理解与适用》序,人民法院出版社2001年版,第3页。

审被告对原告一方提起诉讼或诉讼请求以一事不再理予以抗辩,指责原告的起诉违反一事不再理原则,法院应当予以驳回。如果被告在一审或二审败诉,作为再审申请人也可能以此作为上诉或再申请的理由,虽然在再审的法定事由方面其实存在着归类的困难。对于被告所主张的一事不再理这一抗辩理由,法院在裁决理由中有时使用一事不再理,有时使用重复诉讼的概念。在一事不再理概念范畴之下,通常表述为起诉行为“违反一事不再理”或“没有违反一事不再理”;也有的表述为“不属于一事再理”或“属于一事再理”。在许多情形下,对于被告或上诉人、再审申请人主张原告的起诉违反一事不再理原则的抗辩主张时,有的法院(笔者所掌握的资料主要是下级人民法院)认可一事不再理原则这一概念,并且在裁判文书中也使用这一概念。但也有的时候,法院往往使用“不属于重复诉讼”或“没有违反重复诉讼”作为理由驳回被告的这一抗辩,而不是以没有违反一事不再理或一事不再理原则为由驳回。使用“不属于重复诉讼”或“没有违反重复诉讼”这种表述的主要是最高人民法院。当事人以及下级法院使用“一事不再理”或者“一事不再理原则”时,似乎在最高人民法院的裁判文书中并不认可这一概念。<sup>②</sup>虽然没有在裁判文书中明确表述两个概念或表述相互之间的关系,但又认为一事不再理与重复诉讼在内容上有关联或者说是相同或相通的。本来两个概念对应表达或等值表达应当是“一事不再理”与“禁止重复诉讼”或“不得重复诉讼”;与“重复诉讼”对应的应当是“一事再理”。不过,笔者没有在裁判文书中见到法院包括最高人民法院使用“禁止重复诉讼”或“不得重复诉讼”这一概念或表述。有一点可以肯定,虽然在《民事诉讼法》法条中并没有明确规定一事不再理,也没有规定禁止或不得重复诉讼,但民事诉讼实践或实务中无论是法院还是律师都已经很自然并且非常明确地将一事不再理或禁止重复诉讼作为一项审理和裁判的制度或原则。法院大量的裁决实例已经说明这一点。在人们的认识上似乎一事不再理或禁止重复诉讼是一种不言自明的诉讼或裁判原理。

2015年1月30日,最高人民法院公布了《关于适用民事诉讼法的解释》(以下简称《民诉法司法解释》)。该解释第247条第1款规定:当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉,同时符合下列条件的,构成重复起诉:(一)后诉与前诉的当事人相同;(二)后诉与前诉的诉讼标的相同;(三)后诉与前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。该条第二款规定:当事人重复起诉的,裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉,但法律、司法解释另有规定的除外。《民诉法司法解释》首次明确将重复诉讼作为规则对象,原则上禁止重复诉讼,并明确规定判断重复诉讼的标准,弥补了《民事诉讼法》禁止重复诉讼原则规定的缺失。在民事诉讼制度的完善方面有了很大的提升。虽然有了相对明确的规定,但同时司法解释也

<sup>②</sup> 最高人民法院民事裁定书(2013)民申字第984号。再审申请人重庆市侨弘实业公司因与被申请人中国农业银行股份有限公司德宏分行储蓄存款合同纠纷一案,不服云南省高级人民法院(2012)云高民二终字第232号民事裁定,向最高人民法院申请再审,最高人民法院经审查作出驳回再审申请的裁定。

给人们留下了需进一步细化探讨的空间。例如,如何看待诉讼标的与诉讼请求两个标准的适用问题;又如,何谓后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果的问题等。

在大陆法系国家或地区,如德国、日本、韩国以及我国台湾地区的民事诉讼中已经不再使用“一事不再理”这一概念,对于我国内地民事诉讼中类似一事再理或一事再诉的情形,一般使用禁止重复诉讼或既判力原则予以驳回。禁止重复诉讼已经作为一种明确的制度或原则规定在《民事诉讼法》之中。

无论是在我国,还是大陆法系国家,禁止重复诉讼的理论和实践均涉及诸多问题,主要的问题是如何理解和把握什么是重复诉讼,例如,相同的当事人、相同的诉讼请求、相同的法律关系、相同的理由,但请求权不同是否属于重复诉讼?当事人相同、诉讼请求相同,但请求理由不同是否属于重复诉讼?原告提起本诉,被告提起与本诉相连,且可能与本诉抵触、矛盾的诉讼是否属于重复诉讼?诉讼请求不同,但当事人双方争点相同时是否构成重复诉讼?应当如何理解新《民诉法司法解释》247条规定的“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”?在没有明确制度规定下,禁止重复诉讼或一事不再理与判决的既判力是一种什么关系?一事不再理是一种诉讼理念或价值要求,还是基于生效裁判的效力(如既判力)所发生的一种法律上的效果?这些问题在民事诉讼实务中并没有统一的认识和规范,在民事诉讼理论界也尚未深入地进行讨论。

以往的研究基本上都是在将一事不再理作为一项当然的原则的前提下进行的,因此,研究的重点在判断前案与后案是否“一事”的识别标准的问题上,<sup>③</sup>并没有回答为什么是一个原则,以及作为一项法律上没有明确规定的原则其法定效力如何。虽然有的论文从判决的既判力的角度论述了一事不再理,但显然是将一事不再理作为一种既判力作用效果来认识的。如果我们从判决的既判力作用来认识一事不再理,则必然无法回答,在前诉法院作出的判决没有确定(我们通常的表述是没有发生法律效力)时,即尚未发生既判力效力之前,亦即前诉系属中,后诉法院如何对待相同当事人、相同诉讼请求或相同诉讼标的的案件?依然使用不言自明的一事不再理原则?如此,就必然要回答更为复杂和抽象的问题——还有哪一些是民事诉讼中不言自明的原则?如何确定其为无需法律明确规定而不言自明的原则?

刑事诉讼理论界和实务界也在刑事诉讼的语境中探讨一事不再理的问题。<sup>④</sup>甚至在探究刑事诉讼中的一事不再理时,也同样在制度根据和理论上追溯到作为私法源头的罗马法。<sup>⑤</sup>刑事诉讼法学者也将一事不再理(*ne bis in idem*)作为一项原则。认为这

<sup>③</sup> 参见杨永波、张悦《一事不再理原则在我国民事诉讼中的适用》,载《法律适用》2005年第9期;叶永禄《论“一事不再理”原则在票据诉讼中的适用》,载《甘肃政法学院》2007年第9期;张昌《论民事诉讼中的一事不再理制度》,载《民事程序法研究》第四辑,厦门大学出版社2008年版;周兴宥、郭进波《对迟延履行不同阶段分诉是否违反一事不再理原则》,载《人民司法》(案例)2008年第16期;邱星美《一事不再理的判断标准》,载《中国审判》2009年第5期。

<sup>④</sup> 参见谢佑平、万毅《一事不再理原则重述》,载《中国刑事法杂志》2001年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见陈洪杰《论“一事不再理”与“既判力”之区分——从罗马法到现代民事诉讼理论体系》,载《民事程序法研究》,厦门大学出版社2008年版。

一原则源于联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第7项规定“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或者惩罚。”刑事诉讼法学界对一事不再理也有两种理解:一种是从判决既判力角度,认为基于判决既判力因而发生一事不再理;另一种是从诉讼系属角度,认为基于诉讼系属,对于法院接受了案件并将对之进行审理,即不能对该案件再行提起诉讼和进行审判。部分学者将刑事诉讼中的一事不再理的含义限定在“既包括对于法院生效的实体裁判的约束力,也还包括对于某些特定的涉及一定实体内容的程序性裁判的约束力。即对于一个案件,法院已作出实体的生效裁判或有关实体的程序性裁判,不得对案件再次起诉和审判。至于前述后一种观点所提到的诉讼系属问题,即提起一个起诉后不得另行起诉的问题,似应属于起诉效力约束的范畴,不应纳入一事不再理调整的范围。”<sup>⑥</sup>显然,在刑事诉讼中也涉及到民事诉讼中所必然面对的问题——既判力与一事不再理,以及诉讼系属与重复诉讼的问题。不过,应当特别注意的是,民事诉讼与刑事诉讼中的语境有明显的不同,刑事诉讼中的所谓“一事”,一定是诉讼指控之前已经存在的、不变的“一事”。民事诉讼中的“一事”则因为民事法律关系不因为起诉而停止变化,即依然在变化之中,这一点与刑事诉讼有重大差异。因此,国外有学者认为,就民事诉讼而言,严格地讲,存在“同一事”<sup>⑦</sup>。

不仅在民事诉讼中,在仲裁领域也存在类似民事诉讼一事再理或重复仲裁的问题,也适用一事不再理的规制。<sup>⑧</sup>因此,对于重复诉讼以及一事不再理的研究也将对仲裁实践发生重大的影响,基于此,本文试图就禁止重复诉讼的法理和制度建构作一力所能及的研究,期望推进这一问题认识的深化,并积极作用于民事诉讼和仲裁实务界。

## 一、一事不再理:概念、理论和制度溯源

一事不再理的概念起源于古代罗马法,表述为“ne bis in idem”。古代罗马法的一个基本特征是形式化与经验化。人们从诉讼运营的经验便可以直接感受到对于属于同一案件的情形自然应当避免再度审理,因此,通过罗马人擅长的抽象概括,一事不再理也就经验性地成为一种自然法意义上的原则。这也是罗马法特有的思考方式和方法,将各种法律命题转化为秩序,发挥规制作用。<sup>⑨</sup>罗马人不仅将一事不再理作为规制,而且对于这一规制原则提供了理论解释,即“诉权消耗论”或“诉权损耗论”(actio consumitur)——一种基于人们朴素的“物理性法律观”的认识。当然,在当时这种认识

⑥ 宋英辉、李哲《一事不再理原则研究》,载《中国法学》2004年第5期。

⑦ [日]新堂幸司《民事诉讼中的一事不再理》,载《诉讼标的与争点效(上)》,有斐阁1988年版,第126页。

⑧ 参见朱瑶《对国际商事仲裁中一事不再理原则适用的思考》,载《法制与社会》2008年第5期。

⑨ 参见[德]奥科·贝伦茨《耶林的法律演化论:在历史法学派与现代之间》,载冯·耶林《法律是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,第108页、109页。

是一种非常形式化或表面化的认识。<sup>⑩</sup> 依据这一理论,一个案件的审理是基于诉权而启动诉讼程序的,一旦已经启动,则该诉权就已经被消耗掉,因此,再度进行诉讼就不再具有诉权根据。也就是说一个诉讼请求只有一个诉权,即“一事一权”,就此而言,一事不再理最初实际上就已经具有或包含了“诉讼系属”的效力。一事不再理作为一种规范除了基于诉权消耗论的认识之外,还基于古代罗马法中的当事人关于诉讼的“合意”制度,即所谓“认诉”(litis contestatio)制度。在古代罗马法的请求权体制之下,“认诉”是诉讼成立的基础。如果一个案件再度诉讼就违反了当事人之间的认诉合意。<sup>⑪</sup> 在古代罗马法时代,由于还是实体法和程序法合一的时代,诉权消耗论的观点就必然与“权利确定”相伴而生。在实体法与程序法不分的体制下,判决具有变更权利的功能,而非仅仅对实体权利的简单承认。因此,从古代罗马法的情形来看,一事不再理实际上已经包含了诉讼系属(禁止重复诉讼)和确定判决既判力的作用,是两种效力共同作用的结果<sup>⑫</sup>。

一事不再理虽然在古代罗马法实际上是上述两种效力——诉讼系属和既判力的结果。但在进入德国普通法时期,随着实体法与程序法的逐渐分离,近代国家司法权的逐步扩张,诉讼的功能也随之得以强化。1724年《萨克森诉讼及裁判法》(Churfuerstliche Saachsische Prozess-und Gerivhts-Ordnung vom 1724)(Kurfuerstliche Saechsische Prozess-und Gerichtsordnung von 1724)问世,1781年奥地利《普通裁判法》(Dir Allgemeine Gerichtsordnung vom 1781)(Allgemeine Gerichtsordnung 1781)诞生,1793年普鲁士《普通法院法》(Allgermeine Gerichtschtsordnung fuur die Preussischen Staaten)(Allgemeine Gerichtsordnung fuer die Preussischen Staaten von 1793)颁布。这些法典的颁布表明古代罗马法的诉权(actio)体制已经分化,一事不再理成为单纯诉讼法上的事项。在德国普通法时代,针对同一案件的后诉抗辩采用了所谓“既决案件抗辩”(exceptio rei judicatae)<sup>⑬</sup>的理论,以此替代过于朴素的诉权消耗理论。当时,在近代国家威权主义理念盛行的背景之下,制度的重点从罗马法遵从当事人意志转向了更多地服从国家意志,一事不再理的根据也在悄然地发生变化,“既决案件抗辩”也就成为了一事不再理的根据。强调案件的既决作用显然是这一时代的产物。

在德国普通法初期,人们还没有将判决效力的认识直接纳入“既决案件抗辩”的理论框架之中,依然强调的是已经诉讼的案件如果已经处理,无论基于何种理由一律不得再行诉讼。由此看出,该理论还是比较简陋、粗糙。随着实体法体系的充实,民事诉讼

<sup>⑩</sup> [日]中村宗雄《“一事不再理”与“一事不再议”》,载《早稻田法学》第32卷第1、2册(1956年),收录于中村宗雄:《民事诉讼法学的基础理论》,敬文堂1957年版,第151、152页。另参见周栢《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第902页;张卫平《民事诉讼:关键词展开》,人民大学出版社2005年版,第300-302页。关于罗马法中的诉权消耗理论,参见周栢《罗马法原论》,商务印书馆2001年版,第964页。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑩</sup>,[日]中村宗雄书,第152页。中村教授还认为古代罗马法的认诉制度可以认为系英美法禁反言原则的萌芽。

<sup>⑫</sup> 参见前引<sup>⑩</sup>,[日]中村宗雄书,第152页。

<sup>⑬</sup> exceptio rei judicatae 一词在日文中翻译为“既济事件の抗弁”,为了更好的理解,笔者将其译为“既决案件抗辩”。

中判决的效力及范围也得到进一步充实,已经确定的判决在当事人之间就具有了与法律相同的地位,具有法的效力,并且将确定判决的效力纳入了“既决案件抗辩”的依据之中。正是基于这种确定判决的效力才发生了一事不再理的效果。这种确定的判决所发生的效力就是现代判决制度中的既判力。既判力作为一事不再理的根据在此得以明确。1781年奥地利《普通裁判法》第285条、1793年普鲁士《普通法院法》第66条都对“有既判力判决”的效力作出明确的规定。1804年的法国《民法典》第1351条也对确定判决具有“既决案件的权威”作了规定。这里的既决案件的权威与德国普通法上的既判力具有相同的内涵。<sup>⑭</sup>在德国,一事不再理此时也就被认为是确定判决既判力的一种效力。对于后诉“一事不再理抗辩”的前提只能是前诉判决已经确定。对于重复诉讼情形,即在前诉判决尚未确定之前,后诉的抗辩因为作为实体意义上确定判决的抗辩权(确定判决所确定的不容再行争议)尚未发生,因此就只能采用所谓“诉讼系属抗辩”为由。可以说“诉讼系属抗辩”理论也就是“既决案件抗辩”理论的前身。由此,罗马法中的一事不再理的根据也就分化为“诉讼系属抗辩”和“既决案件抗辩”(exceptio rei judicatae)这两类根据。在德国普通法末期最终演变为作为确定判决效力的既判力制度<sup>⑮</sup>。

在现在的德国已经不再使用一事不再理的概念,对于前诉判决尚未确定的诉讼系属案件,相同当事人就相同诉讼请求或诉讼标的提起后诉时,通常以前诉已经诉讼系属,故后诉不合法予以驳回。后诉被告可针对后诉原告的请求提出诉讼系属抗辩<sup>⑯</sup>。

同为大陆法系国家的日本,通说也一般不使用一事不再理的概念。对于案件已经系属的情形,对于后诉的合法性判断依据之一为是否属于重复诉讼。禁止重复诉讼(不得二重诉讼)已经明确规定在民事诉讼法典之中(《日本民事诉讼法》第142条)。日本民事诉讼法学者在论及一事不再理这一概念往往也与确定判决既判力联系起来,通常认为一事不再理是既判力的作用的结果。不过,日本著名民事诉讼法学家三月章对于一事不再理这一概念依然依依不舍。三月教授不只是将一事不再理作为既判力的效力及作用后果来看待,而是认为一事不再理是裁判制度的指导理念,反映了纠纷解决的一次性要求。相反,既判力成为了一事不再理这种裁判指导思想下生成的制度规范。当同一纠纷在裁判上出现问题时,应当禁止处理后诉的法院作出与前诉相矛盾的裁判,这种约束力是为了防止动摇裁判的公权性、强制裁判的终局性,因此,裁判应当以一次性为限,这正是一事不再理这一指导思想的要求。作为一项裁判制度的基本指导思想,不限于民事诉讼,刑事诉讼同样也应当遵行,而且,在刑事诉讼中一事不再理的指导思想

<sup>⑭</sup> 关于法国法上的确定判决的效力,详见[日]江藤价泰《关于法国法中既判力概念的学说发展》,载《民事诉讼法杂志》1957年第4期。

<sup>⑮</sup> 参见前引<sup>⑩</sup>,[日]中村宗雄书,第153-156页。

<sup>⑯</sup> 参见[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔特《民事诉讼法教科书》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007版,第717页。

还以更为极端的形态存在。<sup>①7</sup> 但三月教授又认为, 民事诉讼中的一事不再理并不属于刑事诉讼中禁止对同一案件反复裁判的消极形态, 而是一种约束后诉法院裁判内容的积极形态——禁止矛盾裁判, 依然将一事不再理归入了既判力的范畴, 只不过认为一事不再理是既判力的要求, 而非结果, 三月教授的观点有些“蛋鸡悖论”之嫌。

在日本学界, 舍弃一事不再理这一概念与下列认识有关: 1. 一事不再理属于既判力制度的范畴, 既判力概念已经吸收了一事不再理的含义, 而且更加准确和细致; 2. 一事不再理在抽象层面已经为纠纷的一次性解决指导思想或理念所吸收; 3. 民事诉讼中一事不再理的“一事”难以严格界定, 甚至难以成立, 因此一事不再理作为一个法律上的概念也就难以成立; 4. 禁止重复诉讼制度可以更为准确地应对诉讼系属中再次起诉所导致的诸多问题。<sup>①8</sup> 日本现在流行的主流教材中几乎已经见不到一事不再理这一概念的踪迹。学术著作中也已经不再将一事不再理作为研究命题, 仅仅在梳理既判力的既往的理论时会论及一事不再理这一概念。人们的注意力在禁止重复诉讼和既判力这两个不同的领域, 并进一步深化两个制度的理论与实践。由于日本民事诉讼法已经明确规定禁止重复诉讼制度, 因此实务界也不使用一事不再理的概念。

如上所述, 作为一种规范效果的一事不再理实际是基于两种基本规制的作用——确定判决的既判力和禁止重复诉讼(禁止二重诉讼)的制度规范, 这两种基本规制彼此之间有诸多联系(例如, 既判力客观范围的界定和重复诉讼的判断都与诉讼标的理论有关), 但既判力与禁止重复诉讼的规制又有各自不同的重点和制度构成, 属于不同的命题范畴。<sup>①9</sup> 因此, 本文以下将研究重点置于重复诉讼的应对规制方面, 与一事不再理联系的既判力效力问题放在既判力框架命题中单独研究。当然, 本文论述中也会涉及既判力问题, 但不是研究和关注的重点。

## 二、禁止重复诉讼: 含义与根据

重复诉讼, 从语义上讲最基本的含义是有时序的两次诉讼的重合, 即前诉和后诉的相继提起(同时提起的概率极低)。本文的讨论将前诉界定在诉讼系属中, 如果前诉已有确定判决, 则前诉与后诉的关系属于以既判力效力作为研究的问题, 如上所述不是本文研究的重点。

在大陆法系国家, 就诉讼系属(概念含义见本文第四部分)中的前诉与后诉关系而

<sup>①7</sup> 三月章教授认为: 因为刑事诉讼的对象是就过去的一次性、历史性事实的犯罪行为是否存在进行判断。民事纠纷大多数属于私法上权利义务的纠纷, 权利要件事实并不具备超越时间且具有同一的持续性法律意义的特征, 而是随着时间推移, 或者根据当事人的意思, 或者根据法律规范的变化而可能发生变化的具有法律意义的事实, 因此案件的同一性不像刑事诉讼那样严格。参见[日]三月章《民事诉讼法》, 汪一凡译, 五南图书出版社公司1997年版, 第31页。

<sup>①8</sup> 前引⑦, [日]新堂幸司文。

<sup>①9</sup> 因为一事再理和重复诉讼在语义上是等值的, 所以, 我们也可以将一事不再理与禁止重复诉讼作为等值的规制, 但考虑大陆法系国家法律术语的使用规范, 笔者认为无论是法学术语, 还是今后民事诉讼法的法律术语以使用“禁止重复诉讼”概念为宜。

言,作为禁止重复诉讼的规制,人们有两种不同的认识。第一种观点是,当前诉处于诉讼系属中时,如果当事人提起的后诉与前诉相同(如诉讼请求相同)时,后诉法院应当以不合法驳回后诉。<sup>②0</sup>例如,原告在甲法院提起了要求被告予以赔偿的诉讼之后,又在乙法院向该被告提起了同样的赔偿诉讼。诉讼系属中的前诉当然也包括了处于在一审或上诉审阶段的诉讼。再审系属中,当事人提起相同再审理求的,原理上是依然适用禁止重复诉讼的规范。这种认识的基本特点就是就是驳回后诉。

第二种观点与此不同,认为禁止重复诉讼除了驳回后诉之外,还应当包含着在某些情形下当事人不得另行起诉,但可以与前诉合并审理。在特定的情形下,如果出现提起后诉的情形,对后诉的处理是实现强制性合并,而非简单地予以驳回。比较典型的是基于同一法律关系提起的反诉与本诉的合并。案件的法律关系尽管相同,但是诉讼请求的目的或者趣旨不同,前诉与后诉处于矛盾、对等或先决关系。例如,原告在本诉中主张被告给付基于买卖所发生的价金,而被告则在反诉中主张给付买卖标的物。矛盾或先决关系的情形下,为了避免反诉另行提起可能导致矛盾的裁判,因此,通常应当予以强制性合并。前一种观点被称为狭义的禁止重复诉讼,后者被称之为广义上或扩张的禁止重复诉讼,后者的重点在于禁止另行诉讼<sup>②1</sup>。

广义的或扩张的重复诉讼的情形由于不是驳回后诉,而是原则上禁止另行起诉并对后诉实行强制性合并,这样一来涉及的问题就非常复杂了。其一,有可能诱导当事人提起所谓诉讼内之诉——如诉的追加性变更<sup>②2</sup>或反诉;其二,诉的合并要求必须是案件处于同一审级。如果前诉和后诉处于不同审级,例如前诉处于上诉审阶段(在三审制的国家和地区,前诉有可能处于抗诉审即二审或上告审即三审),后诉处于一审阶段,此种情形要实行强制合并审理就可能违背审级要求和损害当事人的审级利益。<sup>②3</sup>其三,当前诉与后诉分属于不同管辖法院时,合并也会发生障碍。虽然可以利用移送管辖的规定,在前诉法院对后诉法院具有管辖权时,将案件移送前诉管辖法院实现后诉与前诉的强制合并。<sup>②4</sup>当强制合并必须符合如此复杂的条件才能实现时,就可以想象这种强制合并一定很少发生,属于比较特殊的情形。强制合并诉讼还涉及究竟是后诉合并于前诉之中,还是前诉合并于后诉之中。有学者认为,究竟是后诉合并于前诉,还是前诉合并于

<sup>②0</sup> 在大陆法系的制度语境之下,法院以诉讼判决驳回。在我国的制度语境之下,则应当是裁定不予受理或驳回起诉。

<sup>②1</sup> 参见[日]高桥宏志《民事诉讼——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第104页。详见[日]三木浩一:《重复诉讼论再构成》,载《法学研究》第68卷第12号平成7年。

<sup>②2</sup> 在大陆法系民事诉讼理论中,诉的变更包括替代性变更或交替性变更和追加性变更。所谓追加性变更是指在原请求的基础上再追加新的请求,因为请求的数量已经发生变化,因此也将其归为诉变更的一种形态。例如,原来的诉讼请求为确认不动产所有权之诉,以后又追加交付不动产的给付请求。在我国民事诉讼中一般称为诉的追加。关于诉的变更的类型和形态,参见[日]川岛四郎《民事诉讼法》,日本评论社2013年版,第748、749页。

<sup>②3</sup> 对于不能或难以强制合并的情形,有学者认为适当的对策是停止后诉,等待前诉的裁判,裁判已经确定之后,再启动后诉,前诉裁判的作用将会在后诉得到体现,从而避免矛盾裁判。参见[日]新堂幸司《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第166页。

<sup>②4</sup> 在大陆法系国家,案件的合并与移送都属于法院裁量事项,民事诉讼法没有关于强制合并和移送的规定。因此,管辖法院裁量不予移送时,强制合并也就必然落空。

后诉,需要法院根据具体情形处理。如此一来,合并的事项的处理就自然属于自由裁量的事项,不属于规范论的范畴<sup>25</sup>。

重复诉讼一般而言被作为一种诉讼病理现象来对待。因此相应的诉讼规制应当对此予以防止和禁止。其根据主要有以下几点:1. 违背诉讼经济原则或价值追求。诉讼应当尽可能地低成本运行,权利的维护或救济应当符合诉讼经济原则。这也是人们在民事诉讼中所追求的价值之一。同一案件重复诉讼必然导致诉讼的不经济,造成国家司法资源浪费,加重当事人诉讼经济负担;2. 重复诉讼有可能造成后诉与前诉的矛盾裁判,由此损害司法裁判的权威;3. 重复诉讼加重被告的讼累。既然原告已经在前诉中行使了诉权启动了诉讼程序,被告也就必须应诉,参与诉讼。对同一案件原告再次提起后诉,无疑加重被告的应诉负担,是不正义的。在这些根据当中,最主要的应当防止重复诉讼所导致的矛盾裁判。因为这涉及到裁判的公正性问题。作为诉讼的经济性虽然也是民事诉讼追求的价值目标,但诉讼的经济性是有弹性的,在公正性与经济性价值平衡之间,经济性往往要让位于公正性,因此,诉讼经济性根据的权重就比较灵活了。作为禁止重复诉讼考虑根据之一的顾及被告的讼累就更是如此。

### 三、禁止重复诉讼的要件

重复诉讼既然存在上述消极后果,因此,作为防止重复诉讼的法律规制,原则上就有必要防止重复诉讼的发生。作为一种法律规制,禁止重复诉讼必须满足以下法律要件:

#### (一) 前诉处于诉讼系属中

诉讼系属(Rechtshaangigkeit)(Rechtshaengigkeit)是指因诉讼的提起,使得诉讼上的请求处于法院(国内)审判中的状态。诉讼系属是大陆法系国家和地区民事诉讼法上的一个十分重要的概念和制度。这一概念在诉讼法上具有重要意义,涉及到诉讼参加、诉讼告知、管辖、反诉、诉的变更、中间确认之诉<sup>26</sup>等诉讼行为的法律效力问题。当然关联性最大的无疑是禁止重复诉讼。禁止重复诉讼的要件之一就是前诉必须处于诉讼系属中。我国民事诉讼法中一直没有使用这一概念,可以说是一个较大的缺陷。这一概念缺失的原因也许是因为“诉讼系属”的非口语化。在民事诉讼实务中类似的状态使用的是“诉讼中”这样的说法。显然,诉讼中的这一概念没有诉讼系属准确,比较容易造成混乱。而且也与诉讼系属的含义存在较大差异。诉讼系属不仅表明一种事实状态,而且还表明相应的法律后果。因此,我国民事诉讼法理应采用诉讼系属的概念,否则有诸多

<sup>25</sup> 前引<sup>21</sup>,[日]高桥宏志书,第105页(脚注4)。

<sup>26</sup> 中间确认之诉,是指在诉讼系属中,当事人向对方当事人提出的要求法院确认其先决事项的请求。中间确认之诉只有在大陆法系国家,德国、日本等才存在,是以中间判决制度配套的制度。我国民事诉讼法中没有中间确认之诉和中间判决制度,虽然也存在对先决事项的确认,但不是制度性措施。关于中间确认之诉,详见前引<sup>22</sup>,[日]川岛四郎书,第763-767页。

与诉讼系属概念相联系的状态、概念难以表述和说明,而且与大陆法系的概念接轨,有利于国际间、地区间司法协助和学术交流。

诉讼系属虽因当事人提起诉讼而发生,但具体应当以何时为诉讼系属的起始点存在着不同的认识。国外实务和理论界存有三种不同的认识。第一种观点为“诉状提出说”(多数说)。以原告递交诉状时起发生诉讼系属。第二种观点为“受理说”(有力说),该说以法院受理为诉讼系属起始点。在大陆法系国家如日本,多数说为诉状提出说。第三种观点为“诉讼送达说”。这种观点认为,只有起诉状送达给被告,被告知道诉讼原告向特定法院提起针对被告的诉讼,被告才能够参与诉讼,诉讼系属才有意义。在国外,法院可以因为起诉状不合法或起诉状不能送达而驳回。在我国也会因为起诉不符合起诉条件而不予受理,而是否受理对于被告而言也只有将起诉状副本送达给自己后才知晓。因此,起诉状送达说是成立的,也是目前大陆法系国家或地区的通说。<sup>②7</sup>

诉讼系属的发生不一定非因原告的起诉而发生,在督促程序中义务人一旦对支付令提出异议,则因为督促程序自动转为诉讼程序使得该案件发生诉讼系属。当案件处于民事执行程序、诉讼外调解程序(如人民调解程序)、民事保全程序、仲裁程序中时,不会因为这些程序的发生而产生诉讼系属,因为诉讼系属仅限定为诉讼案件的对法院系属。案件处于仲裁程序之中,当事人又向法院就同一案件或请求向法院起诉的,属于违反法院主管,不属于重复诉讼规制的范围。

诉讼系属从诉讼开始,因判决的确定<sup>②8</sup>、调解协议生效、和解协议生效、原告撤诉而终结。在大陆法系国家,双方关于放弃实体请求或认诺权利人请求的,从记录该行为的笔录做成时终结诉讼系属。<sup>②9</sup>对于申请再审的案件,虽然是涉及已经审理裁判的诉讼标的,但因为案件已经不再处于诉讼系属中(原来的诉讼法院已经作出判决并已经确定),再审之诉与原来的诉讼并不构成重复诉讼,而是独立的特殊救济程序,也与已经确定判决的既判力没有关系。至于第三人撤销之诉与再审之诉二者的并行,由于不是在诉讼系属前提之下发生的问题,而是两种特殊救济程序的部分交叉所致,所以也不属于重复诉讼的范畴。在司法实践或今后立法中如何协调两种救济程序的运用问题属于救济途径整合的问题。

<sup>②7</sup> 参见[日]竹下守夫、福永有利编集《注释民事诉讼法(5)诉、辩论准备》,有斐阁1998年版,第231页。在大陆法系国家,诉讼系属发生时点与裁判方式有直接联系。在诉讼系属发生之前,审判长对于诉状不合法的,以命令驳回诉状,在诉讼系属之后,对于诉不合法的情形,例如不具有诉讼要件,需以终局判决的方式驳回诉。被告也可以对驳回诉的终局判决提起上诉。

<sup>②8</sup> 在我国民事诉讼法文本和民事诉讼实务中将裁判确定的情形笼统地称为“生效”。《民事诉讼法》第155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、裁定。”因此,裁判的成立和生效就成为两个不同的概念。生效的裁判就是指已经确定的裁判。但严格而言,因为判决一旦成立也会产生某些效力。例如,形式上的拘束力,即判决一经送达作出该判决的法院或其他法院都无权改变该判决,除非通过上诉程序,因而也是生效判决,所以为了加以区别,对于具有既判力、形成力和执行力的判决使用“确定”这一概念更为准确。

<sup>②9</sup> 因为在大陆法系国家或地区,放弃请求、权利认诺、和解等的笔录具有法定证明力,因此笔录做成时即有相应的法律效力。

诉讼系属是指特定的诉讼上的请求处于法院审理的状态。这里的法院原则上并不包括外国法院, 仅仅指国内法院。在国外法院系属的案件与国内法院的诉讼审理没有关系。因此, 当同一诉讼标的的案件在国外法院已经审理的情形下, 当事人在国内法院提起诉讼并不违反禁止重复诉讼的规制。系属于外国法院的情形之所以不适用禁止重复诉讼的原则, 主要是考虑一旦也适用禁止重复诉讼, 就可能助长人们在国外提起诉讼, 对本国司法管辖和本国当事人诉讼造成不利。另外, 由于诉讼制度的差异, 有些情形下要作出前诉诉讼标的与后诉诉讼标的是否相同或者是否为重复诉讼的判断也有一定的困难。至于国内法院作出判决是否能够得到国外法院判决的承认是国家间法院判决承认的司法协助问题。虽然国际间的重复诉讼并不适用国内诉讼禁止重复诉讼的规制, 但基于防止滥诉、符合诉讼经济的追求, 无论是国际民事诉讼, 还是国内民事诉讼都应当遵行该理念。因此越来越多的学者也主张在某些情形下诉讼系属于国外法院时, 对于国内的诉讼也应当适用禁止重复诉讼的原则<sup>③0</sup>。

## (二) 案件的同一性

禁止重复诉讼的另一要件是后诉与前诉系属中的案件同一性, 正因为具有同一性, 才使得后诉成为重复的诉讼而被禁止。虽然从哲学意义上不可能有完全相同的事物, 如古希腊哲学家赫拉克利特所言, “人不可能同时跨入同一条河”。但相同与不同并不是绝对的, 重复诉讼中案件的同一性也是相对的。正是这种相对性使得案件同一性的判断往往具有复杂性。大体或原则上, 案件的相同或同一性主要是从前诉案件与后诉案件在主体(主观)和客体(客观)两个方面的同一性。案件的这两个方面反映了案件的基本特性。主体的同一即当事人的同一; 客体的同一即诉讼标的的同一<sup>③1</sup>。

### 1. 案件主体的同一

因为民事诉讼是原告针对被告提出的诉讼请求而进行的, 以解决原告与被告之间民事纠纷为目的的程序, 所以, 民事诉讼具有相对性。因此, 即使诉讼标的相同, 但如果诉讼主体不同, 案件也就自然不同。诉讼主体是否相同相对是最容易判断的事项, 一旦发现诉讼主体不同, 案件的非同一性就有了结论。当事人相同并非仅前诉与后诉均是相同原告、相同被告。前诉与后诉原告、被告是可以相反的, 即前诉的原告为后诉的被告, 前诉的被告为后诉的原告, 也属于诉讼主体相同。典型的事例是前诉与后诉均为确认之诉, 前诉案件原告提起确认之诉, 后诉案件为前诉的被告针对前诉原告同样提起确认之诉。

在确定案件主体同一性方面, 比较复杂的情形是, 虽然后诉的主体不是前诉的主

<sup>③0</sup> [日]酒井一:《关于国际性二重起诉的解释论考察》,载《判例时报》平成6年第829号。在日本,有学者主张如果国外诉讼的判决有较大的可能得到日本法院承认的情形下,系属于外国法院的诉讼与日本国内法院诉讼系属相同。不过反对者认为,对国外法院将来的判决进行预测是十分困难的,因此不具有可操作性。有关赞成和反对的观点详见[日]海老泽美广:《外国法院中的诉讼系属与禁止二重起诉》,载《青山法学论集》1967年第8卷第4号。

<sup>③1</sup> 国外也有学者认为,只有一个标准就是诉讼标的的同一性,诉讼主体的同一性是当然的前提。没有诉讼主体的同一性也就自然没有诉讼标的的同一性问题。参见[日]三月章《民事诉讼法》(《法律学全集》),有斐阁1959年版,第117页。

体,但因为受判决效力的影响,也视为相同的当事人,也就是所谓既判力主观范围所及的主体。如为当事人所持有财产的人、选定当事人(我国民事诉讼中的诉讼代理人)、诉讼承继人(诉讼系属后,因当事人死亡等原因,当事人的实体权利义务移转给了诉讼当事人以外的其他人,该承担实体权利义务的承担者便承担了当事人的实体地位。承担当事人实体地位的人在外国就称为“承继人”)、诉讼担当时的利益归属人<sup>②</sup>等。这些人提起与前诉诉讼标的相同的案件也同样构成重复诉讼。

在我国的司法实践中,由于对既判力主观范围没有法律明确规定,也缺乏细致的理论指引,因此,往往在名义上非诉讼当事人,但实际上因为判决效力的作用而具有当事人同样的地位的人再诉时往往因为缺乏统一性认识,做法不一,而导致实践中的混乱。

## 2. 诉讼标的的同一

诉讼标的的同一是判断后诉案件与前诉案件是否为同一案件最关键的标准。2015年2月4日实施的《民事诉讼法司法解释》已明确将诉讼标的是否相同作为判断标准之一。(第247条)但这一标准在有的情形下,把握起来也相当困难和复杂。原因在于诉讼标的的内涵本身的界定以及新旧诉讼标的理论对诉讼标的的判断或识别标准的差异。

旧诉讼标的理论在诉讼标的的界定和识别标准方面采用了实体法标准,即以实体法上的权利主张或法律关系为基准。因此,诉讼标的按照实体权利构成要件,每一个实体请求权构成一个诉讼标的,即使是同一案件事实,也可能根据实体法的不同规定构成若干实体请求权,也就形成了相应的若干诉讼标的。如果以此为标准,则后诉与前诉是否相同,则不能只看案件事实或请求的目的是否相同,还应当看实体请求权是否相同。即使请求目的相同,也因为法律上的请求原因不同,构成不同的诉讼标的。例如,基于侵权的原因或是基于违约的原因。在一般情形下,按照旧诉讼标的学说不会有问题,但在请求权竞合的情形下,旧诉讼标的学说的缺陷就凸显出来了。因为在请求权竞合的场合,当事人基于同一事实所提出的请求可能存在竞合的若干请求权,这就导致实际上会发生重复诉讼的情形。例如,对于同一生活事实既可以以侵权请求权要求予以赔偿,也可以以合同不履行要求赔偿的情形下,当权利人提起侵权赔偿诉讼之后,该当事人又提起合同不履行赔偿的诉讼,如果按照旧诉讼标的理论,并不构成重复诉讼。一旦前诉和后诉分别裁判就可能导致同一案件矛盾裁判、双重裁判的发生<sup>③</sup>。

正是基于旧诉讼标的的缺陷,才有了新诉讼标的理论。广义上的新诉讼标的理论

<sup>②</sup> 诉讼担当,分为法定诉讼担当和任意诉讼担当。不同的诉讼担当,其既判力扩张发生的根据是不同的。所谓法定诉讼担当,是指基于法律的规定,认可当事人之外的第三人对他人的权利关系行使诉讼实施权的情形。例如,代位债权人、债权质押人、股东代表诉讼中的股东代表人、破产管理人(破产清算组)等。任意诉讼担当是指基于权利关系主体授权该第三人获得诉讼实施权,从而成为适格当事人的情形。参见[日]伊藤真《民事诉讼法》(第三版),有斐阁2004年版,第151页。例如,日本民事诉讼中的选定当事人;我国民事诉讼中的诉讼代理人。日本的选定当事人和我国的诉讼代理人虽然作用相当于诉讼代理,但性质上却不同于诉讼代理人,选定当事人和诉讼代理人本人也是当事人。基于当事人的意思而发生的诉讼行为与利益归属差异的情形外国法理论中称为“任意诉讼担当”。其诉讼行为的后果也同时归于被选定当事人或被代表人。因此,既判力也就必然会扩张至被担当人。

<sup>③</sup> 参见前引⑩,张卫平书,第178页。

是指,在判别诉讼标的的标准上放弃实体法标准,而改为所谓诉讼法标准。核心观点在于,在给付之诉中,原告的请求给付的法律地位就是其诉讼标的,而不再以实体请求权作为诉讼标的。在上述请求权竞合的情形,不同的请求权并不构成不同的诉讼标的,当事人要求给付请求才是诉讼标的,给付请求只有一个,诉讼标的也就只有一个。至于是基于侵权赔偿还是合同不履行都只是请求依据、理由的不同而已<sup>④</sup>。

在大陆法系国家的民事诉讼实践中,法院基本上还是持旧诉讼标的理论,旧诉讼标的理论具有简明易操作的好处,人们也习惯于旧诉讼标的理论。<sup>⑤</sup>在我国民事诉讼实务中,审判人员似乎还不熟悉使用诉讼标的的概念和理论。要掌握和运用诉讼标的的概念和理论有一个过程,也需要一定的条件。人们需要熟悉、理解和掌握实体法上的实体请求权及其性质,同时,司法人员对理论学习也需要相应的机制。<sup>⑥</sup>从部分最高人民法院及高级人民法院的裁判文书来看,关于重复诉讼或一事再理的判断根据通常以案件事实、诉讼请求、理由以及法律关系等为根据。在最高人民法院关于再审申请人蔡朗春与被申请人江门市新力五金塑料制品厂有限公司、佛山市家家卫浴有限公司、杭州金达卫生洁具有限公司侵犯发明专利权纠纷再审审查一案中,最高人民法院的裁定书对重复诉讼给出了一个判断根据,除了诉讼主体的同一外,在客体方面包括了“事实、理由和请求”三个方面。<sup>⑦</sup>这与民事诉讼法关于起诉条件的规定有关,因为重复诉讼实际上是起诉的消极要件或障碍事由。《民事诉讼法》第119条第3项规定,起诉须有具体的诉讼请求和事实、理由。毫无疑问,案件的诉讼请求、事实、理由三个方面包含了案件客体的全部内容,为法院审查和判断提供了全部信息。也有案件法院还以法律关系作为判断是否同一案件的标准<sup>⑧</sup>。

一般情形下,案件事实相同、诉讼理由相同、诉讼请求相同、法律关系相同的诉讼就

<sup>④</sup> 参见前引⑩张卫平书,第179页;前引⑫,〔日〕高桥宏志书,第30、31页。

<sup>⑤</sup> 由于新诉讼标的理论会加重法官释明负担(在辩论主义和既判力的制度语境下,一旦承认新诉讼标的理论,失权效的范围就会扩大,即在当事人的诉讼请求有多种原因时,即使当事人没有提出的法律观点或理由,法官也应当予以释明,而非按照旧诉讼标的,法官只需要单纯注意实体请求权主张即可,当事人没有主张的视为放弃),因此为了规避这种负担,法官们自然拒绝适用新诉讼标的理论。参见前引⑫,〔日〕高桥宏志书,第26页。关于失权效(也称“遮断效”)的含义,参见前引⑩张卫平书,第325页。

<sup>⑥</sup> 裁判的非公开、说理的欠缺以及司法的行政化都阻碍司法人员对新理论学习和运用。

<sup>⑦</sup> 最高人民法院关于“再审申请人蔡朗春与被申请人江门市新力五金塑料制品厂有限公司、佛山市家家卫浴有限公司、杭州金达卫生洁具有限公司侵犯发明专利权纠纷再审审查民事裁定书”(2012)民申字第1391号,载“中国裁判文书网”: [http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgmjfy/zscq/201312/t20131223\\_183915.htm](http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgmjfy/zscq/201312/t20131223_183915.htm),最后访问时间:2015年2月10日。另见最高人民法院(2010)民提字第159号。在李昌奎诉北京世纪超星信息技术发展有限责任公司、北京超星数图信息技术有限公司、贵州大学侵害著作权纠纷一案的裁定书中最高人民法院认为:李昌奎针对世纪超星公司、超星数图公司及其用户的侵权行为,在不同的法院已提起多次侵权诉讼,每一个侵权诉讼之间虽有关联,但被诉侵权主体不完全相同,诉讼请求亦不能相互涵盖,故世纪超星公司主张本案李昌奎系重复诉讼的理由不能成立,载 [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117956887&keyword=%E9%87%8D%E5%A4%8D%E8%AF%89%E8%AE%BC&EncodingName=&Search\\_Mode=accurate](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117956887&keyword=%E9%87%8D%E5%A4%8D%E8%AF%89%E8%AE%BC&EncodingName=&Search_Mode=accurate),最后访问时间:2014年5月10日。

<sup>⑧</sup> 最高人民法院关于“再审申请人金龙精密铜管集团股份有限公司与被申请人江西耐尔铜业有限公司商业诋毁纠纷管辖权异议再审民事裁定书”(2013)民提字第78号。参见“中国裁判文书网”: [http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgmjfy/zscq/201401/t20140128\\_300459.htm](http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgmjfy/zscq/201401/t20140128_300459.htm),最后访问时间:2015年2月10日。

判断为重复诉讼。案件事实、诉讼请求、诉讼理由和法律关系只是考察判断的多维标准,在实践中审判人员通常会对这些因素综合考量判断。通过笔者对司法实践情形的考察来看,似乎我国的实践操作更接近于新诉讼标的理论思维方式。将案件事实、诉讼请求和诉讼理由作为判断的根据就是一种诉讼法的思维,与新诉讼标的理论近似,只是没有加以明晰和细致化。不过,一旦实体法的请求权概念渗入司法实践(实体法通用教科书关于请求权概念及其理论阐释已经非常成熟),旧诉讼标的理论因为以实体请求权或法律关系为诉讼标的更为简单,所以更容易为司法实践所接受。应当说明的是,以诉讼请求、案件事实、理由作为是否重复诉讼的标准并不准确。由于欠缺准确性,也就很难成为一种统一遵循、操作的规范。案件事实、理由很难作为一种标准,而仅仅是判断的材料,顶多是一项辅助性标准。诉讼请求接近甚至等值于诉讼标的,作为诉讼的客体或对象,诉讼请求或诉讼标的作为判断的标准在实务和理论上更有意义。不同的案件事实当然构成不同的案件,但案件事实相同,则并不一定是相同的案件,区别的关键还是诉讼标的。例如,对于环境污染事件中,加害事实是同一的,但公益诉讼请求与私益诉讼请求是不同的,受侵害的权益不同,诉讼标的也不同,因此是不同的诉讼。提起公益诉讼之后,针对同一污染行为所造成的私益侵害依然可以提起,不构成重复诉讼。至于是否应当等待公益诉讼判决的确定则是另一个问题<sup>39</sup>。

关于诉讼标的的判断应当从诉的不同类型来考虑,对不同诉的类型,其诉讼标的的识别标准就有所不同。其一,不同的诉,其目的、功能都有所不同,而如何科学地界定诉讼标的与诉的目的和功能有密切的关联。其二,强求诉讼标的识别标准的统一性往往导致顾此失彼,难以左右照应。其三,对诉的三种基本类型的划分已为我国民事司法实务界所接受,并长期在民事诉讼实务中具体适用,依据诉的不同类型来界定诉讼标的具有理论和实践基础。

给付之诉的诉讼标的应当是当事人关于对方履行给付义务的诉讼请求。至于基于何种法律关系仅仅是请求的法律依据,即诉讼请求的理由。识别标准应当是发生给付请求的具体事件或行为。一个具体的当事人之间所争议的某种实体法律关系或实体请求权既不是诉讼标的,也不是识别给付之诉的诉讼标的的标准。例如,原告与被告之间发生的关于给付不动产的争议,其诉讼标的是原告关于给付该不动产的诉讼请求,而该请求是基于所有权法律关系,还是基于借贷关系,是请求的不同依据,不是不同的诉讼标的。这就避免了旧诉讼标的理论判断标准所带来的问题,也符合我国审判实践中的思维习惯,减少了因改变路径依赖所发生的障碍。

对于确认之诉和变更之诉,因为不存在请求权竞合所带来的问题,因此,对诉讼标的的判别可统一界定(作为司法政策的指导思想是能统一的,尽量统一)。且由于我国民事诉讼理论中的变更之诉并没有强调其形成权与请求的联系,也就没有必要独立地考

<sup>39</sup> 关于公益诉讼的含义以及与私益诉讼的区别,参见张卫平《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,载《清华法学》2013年第1期。

虑变更之诉的特殊性。确认之诉和变更之诉的诉讼标的应当是当事人要求法院确认和变更实体法律关系的诉讼请求。识别确认之诉和变更之诉的标准是有争议的实体法律关系。以实体法律关系作为确认之诉和变更之诉的诉讼标的标准, 尽管仍然沿用传统诉讼标的理论, 但由于用此标准来识别确认之诉和变更之诉不存在理论上和实务操作上的困难和矛盾, 因此, 并不妨碍传统标准的适用。<sup>⑩</sup> 如果以实体法律关系为判断标准, 则无论是积极确认之诉, 还是消极确认之诉, 只要属于同一法律关系, 分别提起则都构成重复诉讼。

在诉讼实践中, 给付之诉因为往往以确认其给付请求权为前提, 只有给付请求权存在的情形下, 给付之诉才可能成立。因此就有可能发生分别提起给付之诉与确认之诉的问题。具体可以分为以下情形: 其一, 前诉为给付之诉, 后诉为基于同一法律关系的确认之诉; 其二, 前诉为确认之诉, 后诉为基于相同法律关系的给付之诉。由于确认之诉又包括消极确认之诉和积极确认之诉, 而在实践中通常是一方提起给付之诉, 另一方提起消极确认之诉。因此, 又可以分为: 其一, 前诉为给付之诉, 后诉为消极确认之诉; 其二, 前诉为消极确认之诉, 后诉为给付之诉。对于第一类情形, 由于给付之诉已经包含确认请求, 因此, 无论后诉是给付之诉, 还是确认之诉都属于重复诉讼。对于第二类情形, 实际上是一种矛盾关系, 后诉实际上是反诉, 分别诉讼可能导致矛盾判决, 因此, 后诉为消极确认之诉时, 且符合反诉条件的, 应当与前诉合并, 因可能导致矛盾判决, 所以应禁止另行起诉。前诉为消极确认之诉, 后诉为给付之诉的, 也应当依照反诉合并于前诉的处理方法。从大陆法系民事诉讼的利益角度, 前诉为确认之诉, 该诉的被告又提起基于同一法律关系的给付之诉时, 如果不作为反诉将其合并到本诉程序之中, 单独另行提起诉讼的将以不具有诉的利益<sup>⑪</sup>为由予以驳回。因为先行的确认之诉必然涉及实体请求权或法律关系是否成立的问题, 所以作为包含确认请求的给付之诉只能作为反诉予以合并, 没有必要另行提起。如果从既判力角度或理论则因为后诉的判决可能与先行的确认之诉矛盾, 因此也应当禁止另行起诉。

### 3. 关于诉讼请求的同一性

在关于重复诉讼的判断标准方面, 新《民诉法司法解释》将诉讼请求相同与诉讼标的的相同并列作为重复诉讼的判断标准之一。诉讼请求是一个具有多义性的概念。通常是指当事人要求法院裁判的请求。在旧诉讼标的概念下, 诉讼请求与诉讼标的有明显的区别。但在新诉讼标的的概念下, 这种区别往往就不那么明显了。因为新诉讼标的

<sup>⑩</sup> 参见张卫平《论诉讼标的及其识别标准》载《法学研究》1997年第4期; 前引<sup>⑩</sup>张卫平书, 第169-200页。

<sup>⑪</sup> 诉的利益这一概念的目的在于试图对当事人诉权或诉讼实施权的具体行使进行调整和规范。虽然当事人拥有诉权或诉讼实施权, 但针对具体的纠纷, 对此是否有必要通过独立的诉讼由法院作出判决就必须考量司法裁判的实效性和妥当性。我国的民事诉讼理论还没有这一概念, 司法实践中也没有使用。对于诉讼的必要性考量依靠具体的规定, 在没有规定时就陷于由于没有理论指导而处于模糊不确定的状态。关于诉的利的概念和理论简述, 参见张卫平:《民事诉讼法》(第三版), 法律出版社2013年版, 第173-175页。详参见前引<sup>⑩</sup>, [日]福永有利《诉的利益》, [日]竹下守夫、福永有利编集书, 第36-86页。

概念往往表示一种实质上的请求——脱离具体实体法律判断基准的抽象请求。例如，要求被告人履行一定义务，至于基于何种法律关系或何种性质的实体请求并不讲究。新《民事诉讼法司法解释》正是在这个意义上将诉讼请求作为判断重复诉讼的标准之一。问题在于，诉讼请求往往包含着诉讼标的，诉讼标的是诉讼请求的内容，也就是说诉讼请求是一个更大的、上位的概念，因此如果将诉讼请求作为一个与下位概念或包含概念予以并列在逻辑上恐难以成立。因此，笔者主张，从诉讼标的和诉讼争点两个方面作为判断重复诉讼的客体标准即可。因为这两个标准已经能够涵盖新《民事诉讼法司法解释》关于诉讼请求同一性对重复诉讼的内涵要求。而且将其并列无疑会增加辨识的复杂性，不利于具体适用。

#### 4. 关于诉讼争点的共通性

在使用诉讼标的这一概念，并将诉讼标的作为判断是否属于重复诉讼的标准的语境之下，就会产生这样的问题——后诉与前诉的诉讼标的相同，但前后诉争点相同，后诉是否也应当适用禁止重复诉讼的规制，禁止另行提起后诉。如果在诉讼实践中没有使用诉讼标的概念，也没有将诉讼标的作为判断的标准，则自然不会提出这样的问题。当然，在实践中也必然要遭遇类似的问题，问题的提出方式或表达方式通常是问两个案件在实质问题上是否相同。如果实质问题相同，也就有可能导致后诉裁判与前诉裁判的矛盾。从禁止重复诉讼规制的目的来看就是为了防止后诉与前诉裁判矛盾。基于此，后诉与前诉实质上相同的情形下，自然也应该属于重复诉讼的范畴，并予以禁止。新《民事诉讼法司法解释》第247条将后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判的结果作为判断重复诉讼的情形，更为抽象地表达后诉与前诉的矛盾关系。这里的“实质上否定”的内涵应当是指如果进行后诉，则有可能在裁判结果上后诉裁判结果与前诉裁判结果产生矛盾。不过，第247条规定中的“实质上否定”只是结果，该条规定中并没有进一步指出原因。除了诉讼标的相同之外，诉讼争点相同应该是后诉与前诉可能矛盾的原因。诉讼争点相同往往会构成后诉与前诉实质上的相同。

争点是相对于诉讼标的概念的，往往是诉讼中理由层面所包含的内容。在诉讼实践中，法院进行审查和判断时所提到的理由部分也就包括了诉讼中的争点。另外，在今后的诉讼实践中诉讼标的这一概念必然成为民事诉讼中的最重要的概念，并且加以运用，成为极具实用性的分析工具。与此相联系的争点概念以及效力问题也必然会涉及。争点效力问题已经成为大陆法系国家如日本等民事诉讼理论争议的问题。<sup>④</sup>理论上通常认为，同样当事人之间尽管诉讼标的不同，但争点相同时，依然属于重复诉讼的范畴，可以通过反诉予以合并，但不得另行诉讼。例如，要求确认作为买卖标的物房屋的所有权请求与要求给付该房屋的请求属于不同的诉讼标的，但两个请求的争点却相同，即关

<sup>④</sup> 关于争点效理论，参见前引<sup>②</sup>，[日]新堂幸司书，第492-502页。关于争点效理论的争论，参见[日]仓田卓次《所谓争点效理论》，载《民事法的诸问题(3)》，判例时报社1969年版，第315页；[日]伊东乾《判决的争点效》，载《实务民事诉讼讲座(2)》，日本评论社1969年版，第93页；[日]住吉博《论“争点效”的本质》(1)(2)，载《民商法杂志》第61卷第2号、第5号(1969年、1970年)。

于该房屋买卖效力的问题。如果允许后诉的另行提起,则可能导致前诉与后诉裁判的矛盾,例如前诉确认房屋买卖合同不成立;后诉则认为房屋买卖合同成立,买者应当给付该房屋<sup>⑬</sup>。

关于禁止重复诉讼的判断标准或要件问题,也有日本学者认为如果从防止后诉与前诉的矛盾的视角考量,则前诉与后诉尽管诉讼标的不同,争点也不尽相同,但如果前诉和后诉属于矛盾关系的诉讼,则也应当纳入扩张的禁止重复诉讼的范畴之中。例如,针对同一不动产,甲向乙提起的确认诉讼与乙向甲提起的确认诉讼。由于两诉的原被告不同,因此不属于相同的诉讼标的,而且当前诉以继承为根据,而后诉以买卖取得时效为根据时,两诉的争点也不相同,但两诉处于矛盾或先决关系。<sup>⑭</sup>如果进一步深化则可能简约为社会生活关系相同,并将其提炼为主要法律要件事实相同这样的判断标准<sup>⑮</sup>。

## 四、禁止重复诉讼在若干特殊情形中的适用

### (一) 票据诉讼与禁止重复诉讼

虽然根据票据法的原理,在票据规范上实行“票据严格主义”,但目前,我国民事诉讼法中还没有设置能够满足票据实体法规范要求的相应程序,也就是说实际上我国还没有区别于普通诉讼的票据诉讼规则和程序。由于没有特殊的票据诉讼规则和程序,目前国内所谓的票据诉讼是泛指涉及票据纠纷的民事诉讼,与其他民事纠纷的诉讼在程序上并没有特殊性。<sup>⑯</sup>从满足票据实体法律规范本质要求,完善和发展民事诉讼法的要求来看,我国必须设立区别于普通诉讼的票据诉讼,票据诉讼应有的特殊性应当在民事诉讼规范中得到充分的反映。<sup>⑰</sup>本文以下所说的票据诉讼就是指不同于普通诉讼的拥有特殊规则的票据诉讼。在禁止重复诉讼的问题上论及票据诉讼的例外,也正是针对此种特定含义的票据诉讼而言的,否则,讨论票据诉讼的例外便失去了特定的前提和

<sup>⑬</sup> 参见⑳,〔日〕高桥宏志书,第114页。

<sup>⑭</sup> 参见〔日〕小室直人等《新民事诉讼法讲义》,法律文化社2006年版,第70页,转引自前引⑳,〔日〕高桥宏志书,第114页。

<sup>⑮</sup> 参见前引㉑,伊藤真书,第182页。

<sup>⑯</sup> 关于票据诉讼,人们常常在三种含义上使用。一种含义将票据诉讼等同于失票诉讼。第二种含义是将票据诉讼限制在有关票据权利的诉讼,即票据权利诉讼。(票据权利诉讼又有广义和狭义之分,狭义的票据权利诉讼仅指涉及票据权利行使的诉讼,限于因票据权利的行使发生纠纷而就票据金额以及相关的法定利息赔偿的请求所提起的诉讼;广义的票据诉讼还包括与票据权利的确定和恢复有关的诉讼。)第三种含义,是将凡是涉及票据的诉讼都称为票据诉讼。但从国外关于票据诉讼的特殊规范而言,只有票据权利诉讼才适用特殊诉讼程序,属于特殊诉讼,其他涉及票据的诉讼依然属于普通诉讼,例如请求确认票据权利不存在的诉讼就是普通诉讼,不适用票据诉讼的特殊规则。因此,票据诉讼应当限定为关于票据权利的诉讼。我国早些年出版的著作,如张德荣主编的《票据诉讼》(法律出版社2002年出版)就是在第三种含义上,以我国现有诉讼制度为背景对票据诉讼的议论,而非基于应有的票据特殊诉讼的论述,所以我们应当注意加以区分。

<sup>⑰</sup> 关于我国建立票据诉讼程序的理由和立法建议,可参见叶永禄《票据诉讼制度研究》,法律出版社2008年版,第161-178页。

语境,如果不从特定的票据诉讼规范出发议论禁止重复诉讼的例外情形也是很难理解的。

从大陆法系国家和地区的票据诉讼规制来看,票据诉讼的特殊性集中反映在以下几个方面:1. 书证原则。票据诉讼中实行所谓书证主义;<sup>④8</sup>2. 实行一审终审原则。对于裁判的救济采取异议程序,即当事人对票据诉讼判决不服的,不允许提起上诉,只能提出异议,一旦提出异议,诉讼就从特殊的票据诉讼转化为一般的诉讼程序;<sup>④9</sup>3. 对于票据诉讼的本诉,不得提起反诉。<sup>⑤0</sup>这些特殊规定都是为了一个目的,使得票据权利人以简易和快捷的方式获得执行名义,实现自己的票据权利。

在通常情形下,如本文所述,由于债务不存在的消极确认之诉与给付之诉存在矛盾关系,因此,无论是债务不存在的消极确认之诉,还是给付之诉,只要是针对同一法律关系的,后诉都构成重复诉讼,从而禁止另行提起诉讼,只能作为反诉强制合并于前诉程序中,否则不能主张。但依据票据诉讼的特殊性,要求不得适用反诉,这就涉及到如何处理后诉的问题。作为禁止重复诉讼规制的例外情形,国外的理论和实务一般认同允许本诉的被告另行提出票据诉讼,而不是提起反诉。为了避免矛盾判决,相应的处理是前诉为票据债务不存在的消极确认之诉时,该诉暂时停止,等待后诉的判决。实际上这种做法是使票据支付诉讼处于优先的地位。<sup>⑤1</sup>另一个问题是,当票据诉讼转为一般诉讼之后,关于票据权利义务的诉讼与票据债务不存在的诉讼是否构成重复诉讼的对象。通常的观点认为,此时应当将后诉予以合并,禁止其另行起诉。<sup>⑤2</sup>

## (二) 抵消抗辩与禁止重复诉讼

诉讼上的抵消,是指在诉讼中,一方当事人以自己的债权抵消对方作为诉讼请求的债权的行为。在诉讼前或诉讼外当事人所实施的债权抵消则称为诉讼外的抵消。诉讼上的抵消是基于实体法上的抵消权。<sup>⑤3</sup>既然在实体法上规定了当事人可以抵消债务,那么在诉讼中当然也可以实施抵消。不过,在我国实践以及以往的诉讼理论中,往往把被

<sup>④8</sup> 从票据法原理而言,票据是一种“文言证券”,票据上的权利关系只有证券上的文字才能专门加以证明。因此,不允许通过其他证明方法变更或补充证券上的文字含义。另外,票据是无因证券,票据关系与票据原因关系脱离,以实现流通和信用功能,正是因为票据是无因证券、文言证券,因此,在票据诉讼中奉行书证原则。参见[日]石川明、高桥宏志《注释民事诉讼法(9)再审、督促程序、票据诉讼、判决的确定、执行停止》,有斐阁1996年版,第231页;另见前引<sup>④7</sup>叶永禄书,第36-43页。

<sup>④9</sup> 在这一点上,票据诉讼与督促程序有相通之处。根据我国民事诉讼法的规定,在督促程序中,一旦义务人对支付令提出异议,支付令失去效力,督促程序自动转为一般诉讼程序。

<sup>⑤0</sup> 对票据诉讼禁止提起反诉的理由有以下几点:1. 对票据诉讼提起反诉,将因为反诉与本诉的合并导致诉讼变得复杂,不利于票据权利人尽快实现自己的票据权利;2. 反诉的诉讼是普通诉讼,而普通诉讼的程序与票据诉讼的程序不同,也不能满足提起反诉的条件(反诉提起的条件要求反诉与本诉适用相同的程序。票据诉讼一审终审,而反诉作为普通诉讼是可以上诉的)。

<sup>⑤1</sup> 参见前引<sup>④2</sup>,[日]高桥宏志书,第116页。

<sup>⑤2</sup> 关于此问题的争论,详见前引<sup>④2</sup>,[日]高桥宏志书,第116、117页。

<sup>⑤3</sup> 我国《合同法》第99条规定“当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵消,但依照法律规定或者合同性质不得抵消的除外。”第100条规定“当事人互负债务,标的物种类、品质不相同的,经双方协商一致,也可以抵消”。

告在诉讼中所实施的债务抵消作为一种反诉来处理。即被告针对原告的债权请求,提出以自己的债权予以抵消时,要求被告以反诉的方式提出。有学者将这种抵消作为一种反诉与本诉牵连的情形。从大陆法系的理论和实务来看,诉讼上的抵消只是被告提出的一种诉讼上的抗辩,即抵消抗辩,<sup>⑤4</sup>是一种诉讼上的防御方法,而不是作为一种反诉处理。只要被告在诉讼中提出抵消债权,法院在确认各自债权成立的情况下就可以在判决中将各自债权予以抵消。抵消抗辩既具有抗辩性质,同时又是当事人提出的可以单独构成诉讼的反对债权,具有类似于反诉的特点。为了防止当事人重复行使抵消抗辩,法律例外赋予抵消抗辩也具有既判力<sup>⑤5</sup>。

诉讼上的抵消在民事诉讼中没有争议,与禁止重复诉讼关联的争议问题是,作为前诉的诉讼标的的债权在后诉中能否作为抵消债权(反对债权)行使。例如债权人作为原告向债务人被告提起给付之诉之后,在前诉被告作为原告的另一诉讼中,前诉原告能否将前诉中主张的债权在后诉中作为抵消债权(反对债权)予以主张。单纯就债权而言,后诉中的抵消债权与前诉中的债权是同一债权,因此在这种情形下,是否构成重复诉讼就是一个问题。从笔者所了解的情形来看在我国似乎没有成为问题,或者笔者没有发现这样的问题。不过从国外的情形来看此种情形确实存在。<sup>⑤6</sup>也由此成为禁止重复诉讼理论上争论的重大问题。

关于抵消抗辩与禁止重复诉讼的关系问题,实际存在着三种类型——“诉讼先行型”、“抗辩先行型”和“抗辩并存型”。上述提到的情形就属于诉讼先行型,相反,如果抵消抗辩的债权在前诉主张,抵消抗辩者又以该债权另行提起诉讼即属于抗辩先行型。抗辩并存型则是指对于是否构成禁止重复诉讼的议论是针对不同的类型展开的。在诉讼先行型的场合,有两种对立的观点,一种观点(否定说)认为,作为同一个债权,在前诉已经作为诉讼标的经法院审理,但在后诉又以抵消债权(反对债权)加以主张就存在着在后诉中再次被法院审理,并可能导致两个诉讼对同一债权的矛盾判决(例如,在前诉中法院判决该债权不成立,后诉法院判决认可该债权抵消成立),因此,实质上违反了禁止重复诉讼的原则,应当类推适用禁止重复诉讼原则。另一种观点(肯定说)认为,前诉中作为诉讼标的的债权在后诉中作为抵消债权只发生在前诉的被告另行提起了诉讼,由于后诉审理的滞后,法院并不知道后诉中的抵消债权也被审理和判断,因此,并不存在所谓二重审理以及既判力冲突的问题,也就不存在违反禁止重复诉讼的问题。肯定说所面临的问题是,如果前诉判决已经确定并被执行的情形下,后诉中的抵消抗辩也得到承认,也就必然存在同一债权双重执行的尴尬境地。对于这种情形,也有的学者认为

<sup>⑤4</sup> 参见前引<sup>②</sup>,[日]高桥宏志书,第501页。

<sup>⑤5</sup> 参见张卫平《诉讼上的抵消》,载张卫平《民事诉讼法》,法律出版社2013年版,第311页;另参见前引<sup>②</sup>,[日]高桥宏志书,第511页;[日]中野贞一郎《诉讼关系与诉讼行为》,弘文堂1966年版,第90页以后。

<sup>⑤6</sup> 日本最高裁判所1988年3月15日判决,载《最高裁判所民事判例集》第42卷第3号,[日]新堂幸司、青山善充、高桥宏志编《民事诉讼案例百选(第一卷)》,有斐阁2006年版,第80号案件;日本最高裁判所1993年12月17日判决,载《最高裁判所民事判例集》第45卷第9号。

从辩论主义出发是应当允许的,也是可以理解的。<sup>57</sup> 抵消抗辩与禁止重复诉讼的问题,由于涉及实体法的具体规定、当事人的诉讼利益、各种诉讼语境、条件,因此使得关于此问题显得异常复杂,几乎没有一种观点可以完全或充分证立。笔者的理解是,总体而言,涉及如何对待当事人的诉讼策略问题,原点是当事人与法院基本关系处置问题。如果承认当事人诉讼策略的自由运用,例如充分考虑被告的防御自由,就应该放宽禁止重复诉讼的规制,相反,否认当事人诉讼策略的自由利用,则相应地就会限制抵消抗辩的适用。从概念上讲,被告在诉讼中提出的抵消抗辩毕竟只是一种防御方法,而不是诉讼标的,严格而言禁止抵消抗辩的提出过于苛刻。

### (三) 一部或部分请求与禁止重复诉讼

一部请求或部分请求与禁止重复诉讼关联的问题是,针对同一债权,当事人在前诉中主张了部分请求之后,后诉再行主张同一债权余下的部分请求时,是否构成重复诉讼并应予以禁止。在诉讼实践中,有可能出现这样的情形,即当一个权利义务关系发生争议诉诸到法院时,原告作为债权人没有在该诉讼中主张该债权的全部,仅仅主张了其中部分债权。这种部分债权的主张并不是指原告与被告之间存在两个或两个以上的不同债权,而是指原告的债权只有一个,只是该债权是数量上可分的。例如,被告欠原告10万元,而原告在该诉讼中只就其中5万元提起诉讼要求被告返还。如果原告愿意也还可以分成若干份。问题包括两个方面:其一,当原告仅就其中5万元提起诉讼后,在这一诉讼之外,被告是否还能再就另外5万元提起诉讼;其二,当前诉法院判决被告给付原告主张的5万元或原告的请求被法院裁判否定,并且法院判决已确定的,原告能否就另外的5万元债权提起后诉。前者涉及是否属于重复诉讼的问题,后者与既判力的客观范围有关。国外关于这一问题主要有两种对立的观点。一是肯定说。该说的主要依据是,在实体法上对债权的分割是债权人的自由,债权人就部分债权进行处分是合法的。因此,程序法上也应当与实体法一致,允许原告自由地设定诉讼标的,至于当事人是否明示该请求是其中一部分在所不问。<sup>58</sup> 二是否定论。否定论又可细分为三种观点。1. 当事人明确指出请求的只是债权的其中一部分时,允许对余额再提起诉讼,没有对部分债权请求明示,不得就剩余部分再提起诉讼,即使客观上只是全部债权的一部分。<sup>59</sup> 第二种观点,尽管也否定一部请求的可诉性,但在具体处理上,要区分原告提出部分请求时,在诉讼中是胜诉还是败诉。如果原告在诉讼中胜诉,则余额请求可以再行诉讼。但败诉时,则不能够再行诉讼。因为日本的案件手续费的高低与案件数额大小有关,数额越大手续费越高,因此原告就可能为了避免花掉不必要的案件手续费,而先就一小部分请求提起诉讼,试探一下法院的判断,如果胜诉,则再就其余部分请求提起诉讼,这种做法是合理的。一旦败诉,如果再允许当事人就其余部分请求提起诉讼就没有必

<sup>57</sup> 参见前引<sup>21</sup>,[日]高桥宏志书,第501页。

<sup>58</sup> 参见[日]木川统一郎《一部请求后的残余请求》,收录于木川统一郎《民事诉讼重要问题(中)》,成文堂1992年版,第306页。

<sup>59</sup> 参见[日]佐上善和解说《民事诉讼法判例百选》,有斐阁1995年版,判例第147号。

要了。<sup>⑥</sup> 第三种观点属于不分情形,全面否定部分请求再诉的观点。此种观点认为,如果允许原告就其余部分请求再行诉讼,必然给被告造成不必要的讼累,也导致法院审理的不经济和非效率化。<sup>⑦</sup> 上述哪一种观点更具合理性与价值判断有关。如果侧重考虑公平、诉讼经济、效率,则否定论就是合理的。如果侧重于考量当事人处分权,则承认可以再行诉讼也是有道理的<sup>⑧</sup>。

本文开篇曾提到,最高人民法院2001年曾出台了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号,以下简称《解释》)。《解释》第6条规定:当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求,诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。从该规定看,受害人的物质损害和精神损害是基于同一事实,即同一损害行为造成了同一主体的物质和精神两方面的损害。说明《解释》强调了损害原因事实的同一性,同一原因事实造成了同一当事人之间的损害赔偿法律关系。这一规定还指出,当事人在前诉中只对物质损害部分提起诉讼的,在该诉讼终结后,当事人不能就精神损害部分再行诉讼。所谓诉讼终结,除了《民事诉讼法》第137条规定的几种情形之外,根据确定裁判结束诉讼是最常见的终结诉讼情形。而《民事诉讼法》第137条规定的几种诉讼终结的情形不会导致《解释》禁止的情况,因此,只有因确定裁判而终结诉讼的情况。从这一点看,实际上《解释》强调的是诉讼终结后判决对后诉的拘束作用,正如笔者所分析的,这种作用实际上就是确定判决的既判力作用。《解释》的制定者虽然没有使用既判力这一概念,但如果制定者是从一事不再理(禁止重复诉讼)的一般意义来理解,以及上述规定来看,制定者已经从既判力的角度来处理前诉裁判与后诉裁判的关系问题。

《解释》的该条规定意味着,当前诉法院对当事人提起的物质损害赔偿请求作出的确定判决对后诉当事人提起的因同一损害事实所致之精神赔偿请求具有既判力。因为《解释》仅仅是针对精神损害赔偿的司法解释,因此就只限于实务中的现实应对,仅指出当事人单独就精神损害赔偿于后诉时的处理。实际上可以预计可能发生的几种情形:1. 原告在前诉中仅提起物质损害赔偿请求,诉讼终结后,对同一侵害事实造成的精神损害另行起诉;2. 原告在前诉中仅对精神损害提起诉讼,诉讼终结后,对同一侵害事实造成的物质损害另行起诉;3. 同时在不同法院分别提起关于物质损害赔偿的诉讼和精神损害赔偿的诉讼(由于侵权案件的管辖是由侵权行为地或被告人所在地法院管辖,因此,当侵权行为地与被告人所在地不一致时,就可能由两个法院来管辖);4. 在同一法院分别提起关于物质损害赔偿和精神损害赔偿的诉讼。此种情况可能是两案适用同一种程序,或普通程序或简易程序。也可能一诉适用普通程序,另一诉适用简易程序,或者反之。这些情况都是因为将同一损害的事实分为两类不同性质的损害,并构成不同

<sup>⑥</sup> 参见[日]三月章《民事诉讼法》,弘文堂1978年版,第114页。

<sup>⑦</sup> 参见[日]新堂幸司《民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第294页。

<sup>⑧</sup> 参见[日]高桥宏志《重点讲义民事诉讼法》,有斐阁1997年版,第69页。

诉讼标的所致。《解释》第6条的规定定位于“同一侵害事实”,规定所指的“侵害事实”就是指加害行为的客观存在,也就是说,《解释》所持的观点是“加害行为说”,即一个加害行为构成一个诉讼标的。同一加害行为虽然造成了两种损害,但该诉讼的诉讼标的就只有一个,“事”就是“一事”。据此,无论前诉是物质损害赔偿诉讼还是精神损害赔偿诉讼,后诉精神损害赔偿请求或物质损害赔偿请求与前诉请求都是一个“事”。因此,法院不能受理后诉,如提起后诉即属于重复诉讼。如果将后诉看作是部分请求,则可推知最高人民法院是否定部分请求另行诉讼或再诉的。

#### (四) 代位诉讼与禁止重复诉讼

代位诉讼是指,债权人基于代位权向次债务人提起的诉讼。代位诉讼与禁止重复诉讼相联系的问题是,在债权人提起代位诉讼之后,债务人另行提起对次债务人的基于同一债权的诉讼时是否构成重复诉讼。虽然另行提起的后诉不是同一原告,但由于诉讼标的是相同的——相同的债权,因此债务人向次债务人提起的诉讼构成重复诉讼应当予以禁止。另外,从既判力角度,也因为无论代位诉讼的原告胜诉还是败诉,其判决的既判力都将及于债务人,债务人也就没有必要提起诉讼,如果允许另行提起诉讼就有可能导致裁判的矛盾。同时,将两个诉讼予以合并也是没有必要。

## 结 语

为防止裁判的矛盾、实现诉讼经济效率的价值、减少当事人的讼累,我国民事诉讼法应当明确规定原则上禁止重复诉讼。对于特殊的例外情形可以通过针对具体情形或特殊领域作出相应的规定或通过司法解释、指导性案例加以规范。无论是原则的适用还是例外情形的理解也都需要以细致、扎实的理论作为基础。由于各种原因,我国民事诉讼始终呈现出一种泛调解化或调解型诉讼的状态,虽然不同时期其泛化的程度有所不同。这种状态使得诉讼和审理、裁判的技术化、专业化需求受到极大的冲击,程序法和实体法的精确适用被严重忽视,导致实体法和诉讼程序的虚无化,也必然对实践的理论探讨和深究造成消极影响——任何细致和深入的研究都可能是伪命题。在凭感觉的、粗糙的、朴素的司法运用中,诉讼理论无疑是多余的,是所谓脱离现实的。如果说研究也大多是心理学的、社会学意义上的研究。显然,这种状态实际反映了我国民事司法的初级性特征。在这样初级化的、贫瘠的司法土壤上也就难以生长茂盛的理论参天大树,民事诉讼理论及其研究的矮化是必然的。<sup>⑬</sup>

然而,我们的司法不可能永远处于这样的状态,社会是不断发展的,呈现出愈加复杂、多元的形态。社会生活的复杂化、多元化必然导致诉讼的复杂化。同时,人们对程序公正的要求在不断增进和强化,再依靠模糊规则的调解化审判方式难以适应这种社会发展的需求,难以使人们感受到具体的公正。新《民诉法司法解释》多达552条的规

<sup>⑬</sup> 参见张卫平《民事诉讼法学的贫困化》,载《清华法学》2014年第1期。

定尚不能完全涵盖民事诉讼规制的范围就足以说明民事诉讼的复杂性和对公正性的细化需求。因此,我们只有在诉讼中能够对规则精确理解和适用,才能使人们信服司法裁判的公正性,信赖司法的权威性。要做到对诉讼规则的精确理解和适用,也就必须深入地研究诉讼规则的原理,尽可能穷尽一切可能存在的情形,并为指导诉讼规则的实践提供指南。在这个意义上,学术上的细致化、精致化的研究就不再是孤芳自赏,不再是伪命题。

本文对重复诉讼及其规制的研究就是试图将该问题的探究进一步深化、细化,并且将这种研究尽可能与国外或域外的探讨接轨,不仅要从本土实践出发,同时也要连接不同语境之中的国外研究的问题和命题。在某种程度上,由于我国法治的滞后发展,法治发达国家的诉讼历史之路极有可能是我们未来将行之路;他们的过去、现在,有可能是我们的将来。因此,我们需要而且必须从人类发展的共同经验中汲取营养,用先进的诉讼理论、知识武装自己。另一方面,由于裁判文书的公开,说理要求的强化,我国司法将进一步开放,这种开放使得理论探讨有条件与我国更加丰富和广泛的诉讼实践相连接,由此,理论研究也会得到更有力的推进和发育成长。关于重复诉讼应对的规制研究,是一种结合我国诉讼实践,深化对重复诉讼问题研究的一次尝试,并力图使该研究起到抛砖引玉的作用。

---

---

**Abstract:** How to deal with repeated suits is a problem often encountered in the practice of civil litigation in China. Repeated suits should be prohibited in principle for avoiding repeated retrials of the same case by courts, preventing contradictory judgments, efficient utilization of judicial resource and the realization of judicial economy and other factors. But there is still no deep discussion on the criteria and relevant corresponding measures in the theoretical cycle about how to define repeated suits. This article analyzes and explains the principle of prohibiting repeated suits in civil litigation and applicable legal theories, combining the study of situations in China and related foreign theories.

---

---

(责任编辑: 陈贻健)