

既判力客观范围之新进展

严仁群*

摘要 《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》首次设定了裁判生效后的重复起诉的判断标准,即以当事人、诉讼标的、诉讼请求为要素的“三同说”,但实质否定前诉裁判结果的后诉请求也视作相同请求。除主体要素外,它涉及的是既判力客观范围问题。它能就一些争议情形给出确定答案,对另一些则不能,因其未界定诉讼标的。以当事人和诉讼标的为要素的“二同说”有更高认同度,且合诉讼标的概念之原意。与“三同说”最契合的是旧标的说。基于国内法院对诉讼标的的一般理解,“三同说”的实际效果接近“二同说”。“实质否定前诉裁判结果”之解释有弹性,若前诉裁判理由中的部分判断也不可否定,则近乎肯定部分裁判理由有既判力,且会引发少量强制反诉。

关键词 既判力客观范围 三同说 诉讼标的 判决理由 强制反诉

引言

尽管既判力在民事诉讼法上极为重要,但长期以来国内在这方面缺乏具体规定。^{〔1〕}2015年2月4日起实施的《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》(以下简称《民诉法解释》)打破了这一窘况,首次就重复起诉的一般判断标准作出了规定。其第247条称:“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:①后诉与前诉的当事人相同;②后诉与前诉的诉讼标的相同;③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。当事人重复起诉

* 南京大学法学院教授。

〔1〕《民事诉讼法》的个别条文充其量只是笼统的规定。例如第124条第5项,即“对判决、裁定、调解书已经发生法律效力,当事人又起诉的,告知原告申请再审,但法院准许撤诉的裁定除外”。此中的“案件”显然是需要界定的。

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。”

从该条文的表述看,它所设定的判断重复起诉的一般标准(允许有例外)是一种以当事人、诉讼标的、诉讼请求为要素的“三同说”,若后诉请求实质否定前诉裁判可视为相同请求。而在此前的司法实践中存在较为近似的判断标准。最高人民法院(民三庭)在北京黄金假日旅行社有限公司与携程计算机技术(上海)有限公司、上海携程商务有限公司、河北康辉国际航空服务有限公司、北京携程国际旅行社有限公司虚假宣传纠纷案(以下简称“携程案”)中,^{〔2〕}称“判断是否属于重复诉讼,关键要看是否是同一当事人基于同一法律关系、同一法律事实提出的同一诉讼请求”。最高人民法院民一庭则称:“‘一事不再理’中的‘一事’是指前后两个诉讼必须为同一事件……所谓同一事件是指同一当事人、基于同一法律关系(法律事实)而提出的同一诉讼请求。”^{〔3〕}

虽然此前缺乏既判力方面的具体规定,但是各级法院却一直在面对这方面的问题。他们常常因被告提出有关抗辩(主张原告所诉事项已由生效判决确定),而不得不根据其既判力或“一事不再理”的理解,审查原告的起诉是否属于《民事诉讼法》第124条(“对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的……”)中的“又起诉”。在创设不久的“中国裁判文书网”上,仅在2014年1月1日至2015年2月3日之时间段,就能搜索到八千多个涉及“一事不再理”的民事案例,其中大多数涉及的是在判决生效后的重复起诉(而非在诉讼过程中的重复起诉)。而在这大多数的案件中,法院不但可能需要就哪些主体的起诉属于重复起诉,而且(更多)要就当事人就哪些事项的起诉属于重复起诉,进行讨论和判断。后者便属于既判力客观范围的问题(若不涉及基准时后发生新事实的情况),^{〔4〕}也大致可谓是“一事不再理”中的“一事”如何界定的问题。而就“三同说”而言,由于它规定不可同时就相同的诉讼标的和相同的诉讼请求再次起诉,撇开其中“人”的要素,它就是在规定禁止再诉的客体范围,而这显然属于既判力客观范围的问题。申言之,尽管既判力的作用有所谓积极和消极之分,但从禁止重复起诉及《民诉法解释》第247条的角度看,既判力客观范围涉及的问题是:在裁判生效后当事人不能再就哪些事项起诉,是仅指经主文判断过的事项(诉讼标的、诉讼请求),还是也包括裁判理由中的已判断事项,甚至是虽未经判断却与前案请求相关的事项。当然,如果承认判决理由有

〔2〕 参见最高人民法院民事裁定书(2007)民三终字第4号。北大法宝案例库,引证码:CLI.C.308816。本文所引国内案例,除特别注明外,均来自中国裁判文书网,<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw>,最后访问日期:2016年6月12日。

〔3〕 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉的理解与适用》,人民法院出版社2001年版,第48页。

〔4〕 相对于既判力而言,“一事不再理”是较通俗的用语(至少从国内裁判文书看是如此),而且较少出现在实在法中,外延不很确定。它可能不仅涉及既判力的问题,也涉及诉讼系属中的重复起诉,但也可能仅指前者或后者。本文姑且忽略这两个用语的区别,毕竟本文的任务在于讨论判决生效后的重复起诉或重复争讼的判断。

既判力,则涉及的不仅是不能重复起诉的问题,还有不能重复争讼的问题。即当事人不但不能在判决生效后重复起诉,而且不得在后案的诉讼过程中,就前案判决理由中已判断的全部或部分事项再行争讼。

对于既判力(客观范围),国内学者此前已经做了较多的研究,也翻译了一些有深度的外国论著,这些成果可谓已很充实,且几乎涵盖了既判力的所有问题。^{〔5〕}但由于立法滞后,此前国内对既判力客观范围的研究都是在没有实在法的情况下进行的。而现在已经有了具体规定,那么我们就可以将研究重点转移到这些新规定上。由此,我们应当具体而周详地考虑应如何看待和适用“三同说”,法院在适用该新标准的过程中将遭遇哪些问题、应当如何来解决这些问题、应当如何完善此标准。

本文试图在这方面做出努力,围绕“三同说”探讨本土的既判力客观范围问题。本文将充分运用“中国裁判文书网”上已公布的援引了《民诉法解释》第247条的案例,以求在讨论时兼顾实际发生了什么和应该发生什么这两个方面的问题。本文首先将分析“三同说”能给出确定答案的若干此前有争议的情形,并分析其设置的准空白要素(诉讼标的)。然后分析更为常见的“二同说”(当事人与诉讼标的相同即为重复起诉),分析它与“三同说”哪个更合理。接着将分析主要的诉讼标的学说中哪些与“三同说”相排斥,哪些则是契合的,并分析在“三同说”下兼采旧标的说的实际效果。此后还将分析“实质否定前诉裁判结果”在解释上的弹性,分析它与既判力向判决理由扩张问题的关联,分析它是否会在少数情况下引发强制反诉。最后还将分析“三同说”应有哪些可能的合理例外。总之,本文认为“三同说”不同于域外较为常见的“二同说”,但大致也是可接受的;“三同说”隐含有承认(部分)判决理由有既判力的可能性,且可能引发少量的强制反诉,这有待《民诉法解释》的制定者予以澄清或完善。

尽管“三同说”既包含既判力客观范围的一般标准,也包括既判力主观范围的一般标准,但为使主题集中,本文仅讨论前者。因此,本文对“三同说”的讨论都是在假定前后案的当事人相同的前提下进行的。本文也忽略不论在判决的基准时后发生新事实的情况,因为那是既判力时间范围的问题。《民诉法解释》第247条虽然也涉及裁定的既判力问题,但这一问题一般不作为既判力客观范围的问题讨论,或者说这一问题需要另作专题讨论,所以本文也予以忽略。

〔5〕 早期的成果有不少,例如江伟、肖建国:“既判力的客观范围”,《法学研究》1996年第4期,第37—48页;叶自强:“论判决的既判力”,《法学研究》1997年第2期,第96—110页;吴明童:“既判力的界限研究”,《中国法学》2001年第6期,第76—85页。近期的例如张卫平:“既判力相对性原则:根据、例外和制度化”,《法学研究》2015年第1期,第68—86页。但该文是讨论既判力主观范围的。翻译的作品中日本高桥宏志的论述相对更为深入、全面。参见(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505页以下。张卫平教授的另一篇文章:“重复诉讼规制研究:兼论‘一事不再理’”(《中国法学》2015年第2期,第43—65页),是以诉讼系属中的重复起诉为讨论对象的,与既判力关联不大。以下这篇文章也是如此——段文波:“日本重复起诉禁止原则及其类型化析解”,《比较法研究》2014年第5期,第73—85页。

此外,本文也不讨论该条文同时规制的在诉讼过程中发生的重复起诉,因为它不是既判力的问题,且与既判力无紧密关联。

一、“三同说”之确定性及其空白要素

(一)可就一些争议情形给出确定答案

关于“一事不再理”原则的适用,实务中存在若干有争议的情形。在无实定法的情况下,法官们面对这些情形时往往感到难以抉择。但“三同说”的出现,可以让我们摆脱一部分的困扰。因为至少在以下两种此前有争议的情形下,“三同说”是可以给出确定答案的。

其一,就同一法律关系下的不同请求再诉。

这方面较为典型的是债权人就本金与利息分别诉讼的情形。例如,某银行贷款给某企业,合同约定了利息。该银行起诉要求偿还本金,判决生效后又就利息起诉。对此后诉,法院内部就曾有不同意见。一种意见认为,原告在诉本金时未提及利息,应视为放弃了利息请求,根据“一事不再理”原则,不应受理利息之诉。另一种意见则认为,银行仍可起诉,不受“一事不再理”原则的限制。^{〔6〕}这两种意见都没有法律依据。若该案发生在现在,由于本金请求与利息请求无论从生活常识,还是从实体法的角度看,都是不同的,^{〔7〕}而且,若银行在前案胜诉,就很难说后诉请求实质否定前诉裁判结果(至于在银行败诉的情形是否可以做这样的判断,请参见本文第四部分的论述)。所以,根据“三同说”,法院可以很确定地认定利息之诉并非重复之诉。

循着前述思路,以下案件也不应有争议。案1,原告基于股权转让协议诉被告违约,要求支付违约金,并办理股权变更工商登记手续。法院认为协议约定的是解约违约金,协议对继续履行协议的违约金并无约定,故驳回原告的违约金请求。判决生效后,原告又起诉被告要求其赔偿损失。法院认为后诉并非重复起诉。^{〔8〕}在此例中,前案的违约金请求与后案的赔偿损失请求不同,也无后诉请求否定前案裁判结果的问题。所以,根据“三同说”,该案法院的判断是正确的,不应有争议。

还可以想见以下类似情况:在某交通事故发生后,受害人先起诉要求被告赔偿物质损失,胜诉后又起诉要求人身损害赔偿(不涉及精神损害赔偿)。事实上,英国就曾发生过这样的案件(案2):D所开的出租车与P驾驶的马车相撞,P先起诉要求被告赔偿因马车损坏而受到的损失,胜诉后又起诉要求D就自己腿部所受的伤害进行赔偿。英国法院认为诉因不同,所以后

〔6〕 陈建贞:“本金已起诉归还,利息能否再诉?”,载《人民法院报》2007年8月7日,第6版。

〔7〕 即便在德国实务上,也认为本金请求与利息请求是不同的请求,从而允许分别诉讼。参见(德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1169页。而德国实务及学理之通说在考虑诉讼请求(诉讼标的)时大致是抛开实体法视角的。

〔8〕 参见“孔文新与李恒英、广州市丰凌电器有限公司等股权转让纠纷案”,江苏省高级人民法院民事判决书(2015)苏商终字第00019号。

诉不是重复起诉。^{〔9〕}而在“三同说”下,由于物质损害方面的请求不同于人身伤害方面的请求,^{〔10〕}而且后诉并未否定前诉的裁判,所以若法律或司法解释没有例外规定,受理此后诉也不违背“一事不再理”原则。

其二,就同一事件或同一纠纷下不同请求的再诉。

这方面也有一些典型案例。案3,D拥有某项专利,D某日向超市等机构发送警告函,称P生产的某产品(龟蛇粉)涉嫌侵权。后P将D诉至某中级法院,请求确认其未侵犯D的专利。经最高人民法院批复,该中院受理了案件。从批复的内容看,受诉法院内部不但对于应否受理该案存在争议,对于原告仅请求确认自己没有侵权,未一并诉被告侵权及要求赔偿损失,也存在疑问。^{〔11〕}尽管此案是以原告撤诉而告终的,但倘若原告在该案获得胜诉判决后,再诉被告侵权并要求赔偿损失,将会使法院面临重复起诉的判断问题。在没有法定标准的情况下,面对后诉的法院很可能还会产生不同意见。而最高人民法院的前述批复只是针对前案而言的,只是说该案应予受理,并且认为由于原告并不主张被告侵权并追究其侵权责任,所以(仅)应以“请求确认不侵犯专利权纠纷”作为案由。但现在有了“三同说”,那么前述问题就是有确定答案的,即原告的后诉并不属于重复起诉。因为后诉的请求与前诉的请求明显不同,还涉及不同的法律关系(前案是P对D的侵权,后案是D对P的侵权),且未实质否定前诉裁判结果。

归结而言,在“三同说”下,只要后诉的请求与前诉请求不同,而且并未实质否定前诉的裁判,那么就可以确定后诉不构成重复起诉。这一标准,能为澄清实务上的部分争议起到作用。

(二)空白要素有待填补

在诉讼标的上有多种学说,例如旧实体法说(旧说)、诉讼法说(新说)、诉讼标的相对论等。而“三同说”虽然设定了诉讼标的这一要素,但《民事诉讼法解释》并未就对它如何界定作出规定。所以这一要素无异于一个(准)空白要素,从而使得“三同说”具有了很大的不确定性。“三同说”对诉讼标的的要素存而不论,这会导致法院在遭遇以下这类案件时发生争议。

案4,P称其与D签订协议,委托D制作泡沫发生器,P负责筹集资金,负责产品的设计、销售、售后服务和主要元器件的采购,知识产权和物权归P所有,销售合同以D的名义签订,销售资金到达D账户后,P有资金支配权。后P协助D将其制作的9台泡沫发生器销售给T,D将部分销售款支付给了P。此后D又与T签订6台泡沫发生器的买卖合同,并已履行完毕,但未向P返还销售款。故P起诉D要求其支付销售款657707元。法院认为P没有证据证明其主张的关于6台泡沫发生器的事实及诉讼请求,故判决其败诉。判决生效后,P又以D侵犯技术秘密为由起诉,要求其赔偿损失1062000元。一审法院认为后诉构成重复起诉。但

〔9〕 *Brunshen v. Humphrey*, 14 Q.B.141(1884)。参见(美)杰克·H·弗兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R·米勒:《民事诉讼法》,夏登峻等译,中国政法大学出版社2003年版,第634页。

〔10〕 德国实务也认为是不同请求。参见(德)狄特·克罗林庚:《德国民事诉讼法律与实务》,刘汉富译,法律出版社2000年版,第148页。

〔11〕 关于该案案情可参见《最高人民法院关于苏州龙宝生物工程实业公司与苏州朗力福保健品有限公司请求确认不侵犯专利权纠纷案的批复》([2001]民三他字第4号)。该批复已失效,但其设置的“规范”已被《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2009年)之第18条所吸收。

二审法院认为,本案的诉讼标的是侵权法律关系,前诉的诉讼标的是合同法律关系,根据《民事诉讼法解释》第 247 条,后案不构成重复起诉。^[12]

从(后案)二审法院的表述看,它在诉讼标的上持有的大致是旧标的说,但是,一审法院则不然。因为从二审法院的表述看,一审法院也是援引了《民事诉讼法解释》第 247 条的,但一审法院认定后诉属于重复起诉,由此可见,它认为前后案的诉讼标的相同,而这显然不是旧标的说的立场。

前述案件在《民事诉讼法解释》实施后并不是绝无仅有的,还有其他类似的案件。例如,宋学仁农村建房施工合同纠纷案,原告此前曾诉侵权,在本案则诉违约。^[13]

由此可见,虽然一般认为国内法院多持旧标的说,但是并不排除有法院持不同的观点。更不用说,最高人民法院在美国 EOS 工程公司诉新绛发电公司等侵权纠纷案(以下简称“EOS 案”)中就是如此,它将诉讼标的界定为纠纷,而不考虑原告在实体法上的主张是侵权还是不当得利,^[14]尽管其在“携程案”中的立场大致仍是属于旧标的说的。

二、有广泛认同度的“二同说”

判断后诉是不是重复起诉的另一种一般标准是:在当事人相同的情况下,若前后诉的诉讼标的相同,后诉即为重复起诉。类比“三同说”之称谓,这种标准则是一种“二同说”。显然,这种标准是契合于德、日等国的传统诉讼标的理论的,因为,在此传统之下,诉讼标的的一个重要作用向来就是用以判断后诉是否构成重复起诉。但“二同说”是具有广泛认同度的,其持有者并不限于德、日等大陆法系国家。

(一)“二同说”的持有者

这种“二同说”在国内当下的实务上就有支持者。一个典型案例就是前述之 EOS 案。在该案中,最高人民法院在认定后诉的诉讼标的与前案的诉讼标的相同、当事人也相同后,就直接判定后诉违反了“一事不再理”原则。

就我国民国时期的司法实践而言,这种“二同说”也是被认同的。例如,在某案中法院称:“命债务人为给付之确定判决,就给付请求权之存在有既判力,债务人不得对于债权人更行提起确认该给付请求权不存在之诉。”^[15]从该例可见,法院在判断后诉是否违背“一事不再理”原则时,在客观范围方面,一般仅考虑诉讼标的,仅考虑已生既判力的判断所针对的事项,而且在诉讼标的上持旧标的说(诉讼标的为给付请求权或其对应的法律关系)。

这种“二同说”在两大法系的主要代表国家有很高的认同度,并且这种认同不因在诉讼标

[12] 参见“孙长河、安兰朋等与秦皇岛艾吉特自动化设备制造厂侵害技术秘密纠纷案”,河北省高级人民法院民事裁定书(2015)冀民三终字第 57 号。

[13] 参见甘肃省酒泉市中级人民法院民事裁定书(2015)酒民立终字第 22 号(中国裁判文书网上公布的该裁定书中没有另一方当事人的姓名)。

[14] 参见最高人民法院民事裁定书(2003)民四终字第 2 号。北大法宝案例库,引证码:CLI.C.67354。

[15] 1937 年渝上字第 1161 号。参见姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 375 页。

的或诉因界定上的差异而有所不同。^[16]

日本的《民事诉讼法》第114条第1款规定,除抵销的情形外,既判力基于包含在判决主文内的判断而产生。而“所谓的判决主文是指,对应于原告在诉状中提出的请求趣旨,法院以诉讼上的请求(诉讼标的)为内容作出的判决事项。因此,判决既判力一般基于诉讼上的请求(诉讼标的)而产生”。^[17] 简言之,如果同样的当事人就同样的诉讼标的的再次诉讼,就违背了“一事不再理”原则。

我国台湾地区情况也大致如此。其“民事诉讼法”第400条称:“除别有规定外,确定之终局判决就经裁判之诉讼标的,有既判力。”而2003年之前该条文的表述更为直接,即“诉讼标的于确定之终局判决中经裁判者……当事人不得就该法律关系更行起诉”。^[18] 具体的实例很多。例如,前诉是基于所有物返还请求权进行诉讼,后诉是基于租赁物返还请求权诉讼,两者标的不同,法院认定后诉不构成重复起诉。^[19]

至于在诉讼标的上采新说的德国,情况也是如此。德国《民事诉讼法》322条第1款规定:“判决以诉或反诉提起之请求,经裁判部分为限,有确定力。”而新标的说就是以请求(诉之声明)具体表征诉讼标的的,只是若采二分肢说,需同时考虑请求的基础事实。而“如果后案的诉讼标的与前诉讼是一样的……新的诉讼都是不允许的”。“由于诉讼标的通过请求被具体化,如果在前诉中被驳回以后以同一请求提起新的诉讼,原则上,该新诉讼就是与既判力相冲突的。”^[20]

这种“二同说”在普通法系也有有力的支持者。在美国,既判力的一个方面是排除请求(claim preclusion),即“禁止对于请求的再诉讼”。^[21] 而在联邦法院及多数州,对请求(claim)的界定采用的是事件或交易标准(transaction test)。事件是确定诉讼单位或对象的基准,不可分割。^[22] 换言之,当事人必须以整个事件或交易为诉讼标的进行诉讼。在一个针对实体问题的终局判决作出后,在审查后诉是否是重复起诉时,只要审查当事人和请求的同一性(identity)即可。^[23] 由此可见,它们判断重复起诉的标准实际也是以当事人和诉讼标的为要素的“二同说”,只不过它们在诉讼标的的界定上采“事件说”。

[16] 与“三同说”一样,“二同说”只是一般标准,不适用于例外情形。例如德、日等国规定关于抵销抗辩的实体判断也有既判力,倘若被告就其所主张的反对债权再诉,这时判断重复起诉就不必也不能考虑诉讼标的是否相同。因为这种例外原本就是允许既判力超出诉讼标的的范围的。这时应直接认定后诉不合法,因为它是就已有既判力之判断所针对的事项起诉。

[17] 参见高桥宏志,见前注[5],第505页。

[18] 参见姚瑞光,见前注[15],第372页。

[19] 1953年台上字第1352号。参见姚瑞光,同上注,第375页。

[20] 罗森贝格等,见前注[7],第1153、1165页。

[21] (美)史蒂文·苏本、马格瑞特·伍:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,第256页。

[22] See Restatement (Second) of Judgments § 24, Comment a (1982).

[23] See Kathleen M. McGinnis, “Revisiting Claim and Issue Preclusion in Washington”, 90 *Washington Law Review*, 77 (2015).

(二)“二同说”下对诉讼标的对立情况的处理

直观来看,“二同说”只能排除当事人和诉讼标的都相同的后诉,如果前后诉的当事人相同,但诉讼标的处于相互矛盾或对立的状况,就不能认定后诉违背了“一事不再理”原则。由此引发的问题是,如果一个诉讼标的已由法院作出了判断,而当事人在后诉提出了相对立的诉讼标的,难道法院还应该进行实体审理?

当然,若在诉讼标的上采事件说,就不会有这样的问题,因为此时根本就不会有前后诉的诉讼标的相对立或矛盾的情况,只会有诉讼标的是否同一(前后案的事件或交易是否同一)的问题。但在诉讼标的上采旧说或新说,则会面临这样的问题。

既判力的作用有所谓积极作用和消极作用之分,而根据既判力的消极作用就可以应对诉讼标的相抵触的情况,可以认为此种诉讼标的也是受既判力覆盖的。因为“从既判力作用的消极侧面看,当事人不能提出与既判力之判断相反的主张和证据申请”。〔24〕由此,基于既判力的消极作用,可将“二同说”重新表述如下:若当事人相同,且诉讼标的相同或对立,后诉即为重复起诉。

即便不从既判力的消极作用的角度考虑,也可对诉讼标的对立之情形做出适当的处理,同样可以达到节约司法资源和维护生效裁判的目的。因为,我们可以一方面认同前裁判在诉讼标的上的既判力,一方面又以之为基础,直接认定基于对立的诉讼标的的诉讼请求不成立,从而直接予以驳回。换言之,在面对与已经裁判过的诉讼标的相对立的诉讼标的时,法院即便不作程序性驳回,也可以快速地作出实体性驳回。〔25〕例如,P诉D请求确认其对于某房屋的所有权,获得了胜诉判决,后D诉P请求确认自己是该房屋的所有权人。此例中,从旧标的说看,前后诉的诉讼标的不同。因为,P是否是该物的所有权人,与D是否是该物的所有权人,是两个不同的问题。但这两个诉讼标的是相对立的。既然法院在P、D的前次争讼中,已经判定P是所有权人,D即应受判决拘束,他连P是所有权人都不能否定,自然更不能主张自己是所有权人。对于同一物,不可能P、D都是唯一的所有权人。由此,法院可以直接驳回后诉请求。但应注意的是,前例与P、D分别和T就同一物的所有权进行诉讼的情况不同,一般而言,在后面这种情况下,若法院在P与T的诉讼中认定P是所有权人,D并不受此认定的拘束。

另外,所谓诉讼标的直接相反的情况不同于前述之诉讼标的对立的情况,所谓的“直接相反”实际仍是属于同一诉讼标的的情形。例如,P请求确认他是某房屋的所有权人,D则请求确认P不是该房屋的所有权人,虽然他们的主张完全相反,但实际上诉讼标的是相同的,都是P对该物的所有权(之有无)。正因为如此,若D的请求是作为反诉提起的,则该反诉不合法(也是重复起诉)。

〔24〕 高桥宏志,见前注〔5〕,第483页。

〔25〕 一个可能的担心是,法院在作实体性裁判时通常是要确认诉讼要件都具备的。如果后诉明显不具备某一诉讼要件,法院是不必作实体性驳回的。但如果某一诉讼要件是否具备较难判断,但又可以很确定地作实体性驳回,则还是可以考虑判决驳回诉讼请求。参见姜世明:《任意诉讼及部分程序争议问题》,台湾元照出版公司2009年版,第280页。

(三)“二同说”之变体:另一种“三同说”

在普通法系,例如加拿大,我们可以发现另一种“三同说”。加拿大规制重复起诉的是诉因排除(禁反言)规则(cause of action estoppel),即在诉因、当事人及其利害关系人、诉讼主题(subject matter)都相同时,不可再诉,除非存在欺诈和共谋。^[26]

但这种“三同说”实际与前述之“二同说”相似,也可以说是“二同说”的变体。因为在加拿大,对诉因的权威解释是:“诉因是赋予当事人针对他人要求司法救济权利的事实。”^[27]表面上看,“二同说”并没有事实这一要素。但实际上,德、日等国采用的“二同说”,其诉讼标的都不是抽象的权利主张或救济请求,它们都是基于某一原因事实或基础事实的。例如在旧标的说下,若称某案的诉讼标的是原告所主张的借款债权,这是指基于某一特定借贷关系或借贷事实而发生的特定的借款债权,而非民法典或合同法所规定的“抽象”的借款债权。假如某银行与某公司之间有两份借款合同,双方为此进行了两次借款纠纷诉讼,旧标的说向来不会认为这两个案件的诉讼标的相同(都是借款债权)。因为两个诉讼的标的虽都名为借款债权,却是基于不同事实或借款合同的不同借款债权。同样,在德国主流观点所采之新说之二分肢说下,也不会仅因为诉讼请求都是要求偿还借款(甚至金额也完全相同),而认为诉讼标的相同。二分肢说对于诉讼标的的识别也是以其背后的事实为基础的。

此外,加拿大所谓的诉讼主题大致相当于诉讼标的,因为诉讼的对象自然也可谓是诉讼的主题。所以,加拿大的“三同说”在实质上与以当事人和诉讼标的为要素的“二同说”近似。当然,考虑到我们通常在个案中所说的诉讼标的都是基于特定事实而言的,不会抽象而论,所以“二同说”更为合理。而美国的“二同说”,由于它的诉讼标的本身就是整个事件或交易本身,所以,在当事人和诉讼标的这两个要素之外,再加上第三个要素就是错误的了。

至于法国的“三同说”(当事人、请求的原因、诉讼标的都相同则为重复起诉)则有较大问题。关于何谓请求的原因,该国尚未形成较为统一的意见,分歧很大。标的与原因的关系也不确定。两者很相近,相互依赖,有时有混同倾向。^[28]

(四)“二同说”的合理性

直观而言,若“三同说”的要素完全能够涵盖“二同说”的要素,则“三同说”较之于“二同说”一般会更为宽松,它所阻止的后诉可能比“二同说”所阻止的要少。但宽松并不意味着就是合理的。事实上,以当事人和诉讼标的为要素的“二同说”相对更为合理,而增加了诉讼请求要素的“三同说”则不够合理。因为,所谓诉讼标的无非是诉讼或审理的对象,而既然某事项已经是

[26] *Arnold v. National Westminster Bank Plc*, [1991] 2 AC 93 at 104.

[27] Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Butterworths, 2004, p.139. quoted from Yuval Sinai, “The Downside of Preclusion: Some Behavioural and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions”, 56 *McGill Law Journal*, 680(2011).

[28] 参见(法)让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第538、533页。该国法院认为当事人在侵权之诉结束后,还可再就违约责任起诉。参见《法国新民事诉讼法典——附判例解释》(上),罗结珍译,法律出版社2008年版,第502页。考虑到这点,我们大致可以认为他们在实质上(就个案的处理而言),是较为近似于兼采旧标的说的“二同说”的(例如日本实务)。

前案的审理或诉讼对象,那么相同的当事人再就该事项进行诉讼,自然就是重复诉讼。若除了当事人相同和诉讼标的相同外,还须诉讼请求相同,才构成重复诉讼,那便是不合理的,也不合诉讼标的这一概念之本意。至于能否在“二同说”之外,从其他角度出发,另设其他并行的或辅助的判断标准(符合任一个标准即为重复起诉),则是另一回事。例如,或可从防止矛盾裁判出发,规定在当事人相同的情况下,若后诉请求实质否定前诉裁判结果,即为重复起诉。但此时会面临“实质否定”之界定问题,例如,前诉基于借款关系要求被告返还4万元,原告败诉后又基于不当得利要求支付4万元,前后诉指向同一笔款项。此时对“实质否定”的解释可能不得不回到诉讼标的如何界定的问题上来。对它的解释还可能存在其他分歧,例如前诉裁判理由中的核心判断是否也不可被否定,而这实际又取决于对判决理由中的主要判断有无既判力这一“经典”问题的回答(详见本文第四部分)。所以,笔者虽不反对在“二同说”之外设置这样的辅助标准,但大致认为它所能发挥的作用是很小的。

三、“三同说”之情境及其大致可接受性

若仅考虑到前述之原理,“三同说”是应予抛弃的。但是,若仔细斟酌“三同说”与各诉讼标的学说的关系,以及国内法院在诉讼标的上的一般观念,“三同说”的不合理之处在一定程度上是可以忽略的,或者说它在当下大致是可接受的。

(一)“三同说”排斥诉讼标的之事件说

由于有多种诉讼标的学说或实践,所以,有必要就“三同说”之空白要素,做多方面的评估。即考虑在“三同说”下,采不同标的说后可能出现的状况,以及该状况是否可接受。事实上,“三同说”的诉讼标的要素,不是可以用任何一种诉讼标的学说填充的。

“三同说”与事件说就是不相容的。由于在事件说之下,当事人基于同一事件的任何请求都不能在后诉中提出,无论后诉请求与前诉中的请求是否相同。所以,只要在诉讼标的上采事件说,就不能再给重复起诉之判断标准增加任何要素,包括诉讼请求。增加要素引发的不是要素重复或多余的问题,而是会导致“三同说”的内部冲突或矛盾。因此,“三同说”中诉讼请求要素之存在,实际上就已经排除了在诉讼标的上采事件说之可能。

(二)“三同说”不能容纳新标的说与诉讼标的相对论

若在采“三同说”之同时,在诉讼标的上采新标的说,则会发生要素重复的问题。因为在诉讼标的之新说下,诉讼标的是通过诉讼请求具体体现的,由此,“三同说”的三个要素中有两个是重合的。如此一来,“三同说”实际就变成了“二同说”,因而也就名不副实了。这与《民诉法解释》第247条是不契合的,因为毕竟该条文是明确列出了三个要素的。

至于诉讼标的相对论,由于它们或者是在新说与旧说之间折中,或者是在新说的一分肢说和二分肢说之间折中,所以,若以标的相对论填充“三同说”之空白项,就也会有前述之“三同说”变异为“二同说”的问题,只不过在前一种标的相对论之下,重复问题是部分的(有时发生,有时不发生)。而在采后一种相对论时,无论是一分肢说还是二分肢说,诉讼标的都是以诉讼请求具体呈现的(不过在是否需要同时考虑基础事实上有差异),因此也是不可取的。

(三)旧标的说契合“三同说”

若用旧标的说来填充“三同说”之空白要素,则没有兼采事件说、新说和标的相对论之问题,因为旧标的说下的诉讼标的是原告主张的权利或法律关系,它是有别于诉讼请求的。所以,既无不相容的问题,也无要素重复的问题。

由此可见,尽管《民诉法解释》第247条的制定者设定了一个空白要素,但实际上这个空白要素并无多少可代入的选项。毋宁说,在已知的较受关注的诉讼标的学说中,选择几乎是唯一的,即旧标的说。至于新实体法说,虽然它与旧说有相似之处,以它填充空白要素,也无前述之要素重复或排斥的问题,但由于它在各国实务上几乎无人响应,而且也面临实体法上的障碍(侵权之债与违约之债在时效、可否抵销等方面不统一),所以不宜作为选项。此外,考虑到旧标的说在国内有较广泛的接受度,而且最高人民法院在“携程案”及其他早前的案件中大致也采旧标的说,^[29]所以,在“三同说”下兼采旧标的说,也是有其现实基础的。

(四)在诉讼标的上兼采“国内旧说”的实际效果

国内法院对诉讼标的之一般界定,大致可归入大陆法系诉讼标的论上的旧标的说(本文称之为“传统旧说”)。但国内法院的界定只能说是较为粗糙的旧说(姑称之为“国内旧说”),因为它只是笼统地说,诉讼标的是争议的法律关系或权利,甚至只是将它表述为法律关系。若认为前文引述的最高人民法院民一庭所采判断标准中也是包含诉讼标的要素的,那么将它与“三同说”对比,可知它就是将诉讼标的界定为法律关系的。这种界定在“新鲜出炉”的援引《民诉法解释》第247条的案例中尤为明显。援引该条文且对诉讼标的做了具体表述的法院,基本都将其界定为法律关系。例如,某案原告基于房屋租赁合同要求被告赔偿装修费用及其他损失,法院称诉讼标的为租赁关系。^[30]某案原告基于股权转让协议起诉要求被告履行协议并支付股权转让费用,法院称诉讼标的为股权转让协议。^[31]某案原告要求确认劳动合同已经解除,要求被告承担相应责任,法院称诉讼标的为劳动合同关系。^[32]在某医疗事故纠纷中,原告要求被告赔偿经济损失和精神损失,法院称诉讼标的为医疗损害关系。^[33]这些案件中的诉多为给付之诉,仅个别为确认之诉。至于对形成之诉的诉讼标的,法院的表述也大致如此。例如(案5),P起诉要求离婚,理由是婚前了解不够,双方感情基础薄弱,婚后被告多次对其实施家庭暴力。但D在前案中已起诉离婚(具体主张不明)。对此,后案的法院称:“现P起诉要求与D离

[29] 参见《最高人民法院1991年关于辛伟克与张晓杰抚养子女纠纷申请再审案的复函》([1991]民他字第53号)。

[30] 参见“窦艳芳与张家口上谷汽配城有限公司房屋租赁合同纠纷案”,河北省张家口市宣化区人民法院民事裁定书(2015)宣区民初字第895号。

[31] 参见“钱猛与赵成军股权转让纠纷案”,安徽省蚌埠市中级人民法院民事裁定书(2014)蚌民二初字第00184号。

[32] 参见“项跃进与福建省闽发铝业股份有限公司劳动争议案”,福建省高级人民法院民事裁定书(2015)闽民申字第228号。

[33] 参见“董庆霞与石首市人民医院医疗损害责任纠纷案”,湖北省石首市人民法院民事裁定书(2014)鄂石首民初字第01885号。

婚,与前诉属于同一法律关系,构成重复起诉……依照《民诉法解释》第 247 条之规定,裁定……驳回 P 的起诉。”〔34〕该法院也是将诉讼标的理解为一种法律关系——婚姻关系。

而“传统旧说”在具体论述时是区分不同诉的类型的,即给付之诉的诉讼标的是原告主张的权利(给付请求权),确认之诉的诉讼标的是原告主张的法律关系,而形成之诉的诉讼标的则是原告主张的形成(诉)权。〔35〕两者的差别,在当事人分别就本金和利息进行诉讼的情形会有所展现。就该情形而言,若从诉讼标的作论,按照“国内旧说”,前后案的诉讼标的相同,都是同一份借款合同法律关系。但在“传统旧说”看来,前诉的诉讼标的是本金返还请求权,后诉的诉讼标的则是利息支付请求权,两者是不同的。再如,在原告起诉要求离婚的案件中,在传统旧说下,被告反诉要求离婚是可以的,因为原告和被告各自主张了各自的形成(诉)权(其背后的事实基础往往也不同),所以诉讼标的不同。〔36〕当然,在“传统旧说”下,有时也可能会笼统地说诉讼标的是法律关系,但该法律关系,至少就给付之诉来说,仍是就具体权利义务作论的。例如,在要求支付利息的给付之诉中,可称其诉讼标的为利息给付请求权,也可称诉讼标的为有关给付利息的权利义务关系(法律关系)。显然此法律关系只是整个借款合同法律关系的一部分。对案 1、案 2 而言,也是如此。以案 2 为例,若依国内旧说,前后案的诉讼标的相同,是同一侵权法律关系。但依传统旧说则不同,前案的诉讼标的是物质损害赔偿请求权,后案的诉讼标的则为人身损害赔偿请求权。

尽管国内旧说与传统旧说有此差别,但若以它们为基础,分别采“三同说”和前述之“二同说”,其效果却可能是相似的。例如在就本金与利息分别诉讼的情形,在兼采国内旧说的“三同说”下,尽管前后案的诉讼标的相同,但诉讼请求不同,所以后诉不应被前诉的判决阻断。而在兼采传统旧说的“二同说”下,其结论是一样的,因为诉讼标的不同,后诉也就不是重复起诉。

由此,就给付之诉而言,在国内对旧说的理解较为粗糙的背景下,“三同说”在实际的运作上并不会产生实质问题。对确认之诉而言,情况大致相仿。当然,前文所述的“三同说”与诉讼标的的概念原意的背离仍然是存在的,或者说“三同说”下“诉讼标的”之名不副实问题仍然存在。

但是在形成之诉中,两种旧说之间的差别仍会造成个案裁判结果的不同。例如在案 5 中(假设后诉是在前案裁判确定后提起的),若采“三同说”及“国内旧说”,则前后诉的诉讼标的相

〔34〕 参见“李某某与王某某离婚纠纷案”,陕西省西安市长安区人民法院民事裁定书(2015)长安民初字第 02440 号。另一起类似的案件是“臧某与于某某离婚纠纷案”,山东省胶州市人民法院民事裁定书(2015)胶少民初字第 468 号。虽然该案涉及的是诉讼过程中的重复起诉,但也可看出该案法院对诉讼标的之界定。

〔35〕 “传统诉讼标的理论,乃系将实体法上权利义务关系,作为民事诉讼之诉讼标的,故在给付之诉,其诉讼标的为原告主张之实体法上请求权……确认之诉为原告请求确认之法律关系……形成之诉为原告主张之实体法上(或诉讼法上)之形成权。”杨建华:《民事诉讼法要论》,郑杰夫增订,北京大学出版社 2013 年版,第 192 页。从旧说对新说的批评中也可看出,旧说是从请求权角度界定给付之诉的诉讼标的,而对确认之诉则将标的界定为权利关系。参见(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 221 页。“历史上的立法者将……实体法请求权理解为诉讼标的”,但这不适合于确认之诉和形成之诉,因为它们并不主张实体请求权。(德)汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 86 页。

〔36〕 参见邱联恭:《口述民事诉讼法讲义》(二),台湾自版 2006 年版,第 267 页。

同,诉讼请求也相同,后诉即为重复起诉。但若采“二同说”及传统旧说,则尽管前后诉的诉讼请求相同,后诉也并非重复起诉,因为诉讼标的不同(双方各有自己的形成权)。即便从离婚的法定原因看也是如此。后案的诉讼标的是基于家庭暴力的离婚请求权,前案的诉讼标的则可能是基于另一法定原因的离婚请求权。^[37]但从合理性的角度看,一方主张的离婚原因(事实)不成立,另一方主张的其他原因事实却可能成立,所以认为只要夫妻中的一方提出了离婚请求,另一方就不能提出离婚请求的看法,是有问题的。^[38]

当然,考虑到在司法实践中形成之诉的比例相对较小,所以,“三同说”大致是可接受的(尚可容忍)。但若将来我们调整了对诉讼标的的界定(调整至传统旧说、诉讼法说等),则应回归本应采用的“二同说”。

四、既判力扩张至判决理由之可能

在关于既判力客观范围的讨论中,主文判断过的事项有既判力一般是不会有争议的,但判决理由中的判断有无既判力,却向来是大陆法系的一个争议问题。粗略看来,《民诉法解释》第247条与这一争议问题无关。但是细究之下,这种判断可能是需要修正的,至少是有疑问的。

(一)“实质否定前诉裁判结果”在解释上的弹性

关于诉讼请求,《民诉法解释》第247条中有“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这样的表述。在有些情况下,它的含义是确定的。例如,原告起诉请求确认《资产转让协议》未生效,要求被告返还转让的资产。法院认为在经有关机构审批前该协议的效力是待定的,因此确认协议未生效,但驳回返还资产的请求。后来在没有新事实的情况下,原告又起诉请求解除《资产转让协议》。^[39]而请求解除协议的请求显然是实质否定确认协议未生效的前案判决的。再如,前案中法院已经判决解除租赁合同,后诉却请求变更合同,^[40]此后诉请求显然也是实质否定前诉裁判的。但是,在另一些情况下,它的含义未必见得清楚,我们在判断后诉请求是否“实质否定前诉裁判结果”时会感到犹豫。

案6,P与D签订承包合同,约定由D负责设备的制造、运输、安装及调试。P诉称D在约定的时间内没有将设备调试合格,请求法院判令D支付违约金及修复设备损失费,但败诉。

[37] 若严格按照传统旧说,有n个法定离婚原因就有n个诉讼标的。参见高桥宏志,见前注[5],第27页。

[38] 尽管离婚案件的审理程序有其特殊性,职权主义色彩可能较为浓厚,但这也并不意味着法官在审查一方主张的原因事实时会全面审查其他任何可能存在的原因事实。由于法院可能否定双方主张的原因事实及请求,所以传统旧说有其合理性。此外,即便双方都提出离婚请求,也并不意味着双方就能办理协议式离婚,不必诉讼。双方可能在谁有过错等方面存在分歧,而这些可能牵涉到一方是否应给另一方赔偿等问题。法官更不能一旦双方都请求离婚,就直接判决解除婚姻关系。

[39] 参见“怀化泰神药业有限公司、贵州泰神药业有限公司与铜仁市碧江区财政局、铜仁市碧江区工业贸易局企业出售合同纠纷案”,贵州省高级人民法院民事裁定书(2015)黔高民商终字第6号。

[40] 参见“广东粤景纸业有限公司与广州市黄埔区茅岗农工商公司房屋租赁合同纠纷案”,广州市中级人民法院民事裁定书(2015)穗中法民五终字第3653号。

判决生效后 P 又以同样的事实再次起诉 D, 请求法院判令 D 承担修理设备等责任。^[41] 若依国内旧说, 此例中前后案的诉讼标的是相同的, 均为同一个承包合同法律关系。而后诉请求与前案请求不同, 此时就需要考虑后诉请求是否实质否定前诉裁判结果。就修理问题而言, 前诉是要求支付修理费(金钱给付请求), 而后诉则是要求对方修理(行为给付请求)。从实体法的逻辑看, 要求对方支付修理费的请求不能成立, 并不意味着要求对方维修的请求不能成立。换言之, 若法院支持后诉的修理请求, 未见得就是否定驳回修理费支付请求的前案裁判。但如果深入到前案的判决理由则可能有不同的考虑。倘若法院在前案的判决理由中明确认定被告已经完全履行了设备安装调试义务, 那么我们是否还会很确定地认为后诉请求未实质否定前诉裁判? 若设备安装调试合格, 则要求被告支付修理费的请求和进行维修的请求, 都不能成立。由此, 倘若后诉的请求得到支持, 可能就会有人认为是, 这样做尽管没有否定前诉裁判主文中的判断, 却是实质否定了前诉裁判理由中的判断的。

当事人就本金和利息分别诉讼的情形也可能存在类似的问题。若原告在本金之诉中败诉, 那么其在后诉提起的利息请求是否会实质否定前诉判决结果? 如果法院支持原告的利息请求, 这并不会推翻否定本金请求之前案判决主文, 也不会剥夺被告在前案判决主文中获得的胜诉利益(胜诉仅是有关本金的)。但是, 却有可能否定前诉判决理由中的判断。因为, 前案中原告之所以败诉, 可能不是因为被告已经偿还本金, 而是因为法院认定合同无效, 而利息请求是不能建立在无效借款合同基础上的。

实际上, 美国的纽约州有类似于“实质否定前诉裁判结果”之表述。在该州的某案中, 法官称决定二个诉因是否相同的决定性检验标准是“在前次诉讼中确定的权益的实质是否会因为进行第二次诉讼而被损害或摧毁”。^[42] 但其他州法院很少援用该判例, 而且有人对该标准提出疑问: 判决中不应该予以干预(再争执)的事项是否包含对争议事实的裁决。^[43] 而对争议事实的裁决往往就是出现在判决理由中的。

但一份裁判文书, 除了主文外, 裁判理由中的判断应该也可以说是裁判结果。因为它也是法院衡量证据和斟酌法律后所作出的判断, 只不过相对于主文中的判断(最终结论)而言, 它们是“前期结论”。更何况, 这些“前期结论”中的一部分(例如案 6 中的“安装调试合格”)与主文的关联是非常紧密的, 主文之判断正是直接以之为基础的。所以, 若认为后诉请求对于核心“前期结论”的否定, 也是对前诉裁判结果的否定, 应该也是可以的。我们大概很难说这种解释很荒谬。而若果真可作这样的解释, 那么就可以说《民诉法解释》第 247 条大致承认了判决理由中核心判断的既判力。

(二)“实质否定”与抵销抗辩的关系

在涉及抵销抗辩的案件中, 我们可能会遇到“实质否定”之解释问题。法院关于抵销抗

[41] 参见“上诉人江苏扬子江船厂有限公司与被上诉人上海悠瑞机电涂装工程设备有限公司等承揽合同纠纷案”, 上海市第一中级人民法院民事裁定书(2006)沪一中民四(商)终字第 898 号。北大法宝案例库, 引证码: CLIC.78220。

[42] *Schuylkill Fuel Corp. v. Nieberg Realty Corp.*, 250 N.Y.304, 308(1929).

[43] 参见弗兰德泰尔等, 见前注[9], 第 625 页以下。

辩的实体判断通常是出现在判决理由中的,由此,若认为“实质否定前诉裁判”也包括对前诉裁判理由的否定,也就可能近似于承认法院关于抵销抗辩的实体判断有既判力。而德、日的民事诉讼法就是(作为例外)规定了这种实体判断(在主张抵销的限额内)的既判力的。^[44]

但在国内讨论关于抵销抗辩的判决的既判力,存在一定障碍。因为诉讼中当事人提出的抵销抗辩,有的是诉讼上的抵销,有的是诉讼外的抵销。^[45]所谓诉讼上的抵销是被告在言词辩论时主张以自己对原告的反债权与原告的债权抵销。而国内法院至少对诉讼上抵销的态度是不统一的。有些法院不接受被告这样的抵销抗辩,而是告知被告提起反诉,或者只是在原告承认被告的债权时才允许这种抵销。例如在某案中,法院称:“圣嘉利厂请求以黄瑞波尚欠货款抵销损失赔偿额,因黄瑞波对尚欠货款不确认,且圣嘉利厂在一审亦未提出反诉,属另一法律关系,本案不作审理。”^[46]但若反诉是基于另一法律关系,又与本诉无其他牵连关系,即便提起反诉一般也不会被法院受理。故此,有些法院在拒绝抵销抗辩时会告知被告另诉。例如,某原告起诉要求偿还借款,被告主张如原告所主张的借款成立,则以原告所欠的货款抵销。法院称原告对货款债权提出异议,被告可另行主张权利。^[47]当然,也有法院允许诉讼上的抵销抗辩,而法院对抵销抗辩进行实体审理的结果,有的是确认已经发生抵销,^[48]有的则是否定。例如(案7),P、D签订多份合同,约定由D负责销售P的药品。合同对市场开发、销售奖励等事项有约定。P起诉要求支付货款,D则称P欠其促销差价款和年终返利款,要求抵销。法院对双方主张进行实体审理后,支持P的请求,否定D的抗辩。

在允许抵销抗辩的案件中,若被告就其反对债权提起后诉,就可能出现法院关于抵销抗辩的实体判断有无既判力的问题。事实上,案7中的D就提起了这样的后诉,诉请责令P支付促销差价款和年终返利款。一审法院认为D诉请的事项已由前案法院判决终审认定,故裁定驳回起诉。二审法院认为前案法院的认定不影响D行使诉权,指令一审法院对案件作实体审理。但在一审法院判决支持D的请求而P提起上诉后,二审法院又撤销了一审的判决,裁定

[44] 德、日在条文上存在差别。德国《民事诉讼法》第323条仅规定,“被告主张反对债权的抵销,而裁判反对债权不存在时,在主张抵销的数额内,判决有确定力”。由此,似乎并非所有关于抵销抗辩的实体判断都有既判力。但该条“依照普适观点也可超过其语义被适用,如果法院在裁判理由中已确认反债权存在但已通过抵销而被消灭”。穆泽拉克,见前注[35],第192页。

[45] 诉讼外的抵销,其抵销声明既可能发生在起诉前,也可能发生在诉讼过程中(但不是发生在开庭时)。从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》的第24条看,至少对基于起诉前的抵销声明所做的抗辩,法院通常不能以法律关系不同或案由不同等理由拒绝进行实体审理。

[46] 参见“黄瑞波与南海市南庄罗格圣嘉利抛光砖厂等买卖合同纠纷案”,广东省佛山市中级人民法院民事判决书(2003)佛中法民二终字第625号。北大法宝案例库,引证码:CLLIC.37988。

[47] 参见“刚翠荣与王长彬民间借贷纠纷案”,山东省商河县人民法院民事判决书(2014)商民初字第773号。

[48] 以下这篇文章所述案件即为一例。参见赵峰:“诉讼时效与法定抵销权的行使”,《人民司法(案例)》2009年第8期,第87页。

驳回起诉。^[49]由此可见,该案二审法院的意见是有反复的,但最终还是认为前诉裁判理由中关于反对债权的判断有既判力。

(三)已有法院依《民诉法解释》肯定判决理由的既判力

虽然《民诉法解释》第247条实施才一年多,但我们发现已有法院在个案中援引该条文认同判决理由中判断的既判力,或认为此种判断也不可被否定。这初步佐证了笔者的前述判断。

案8,P诉称D拖欠租金,D抗辩称实际租赁面积比约定面积小,即便拖欠租金也应以多付的租金抵扣。法院进行实体审理后否定了该抗辩,判决解除租赁合同,令D迁出租赁场地并支付拖欠的租金及滞纳金。判决生效后,D诉P,称实际承租的面积比合同约定的小,请求变更合同调整租金标准,此前多付的租金抵作后续的租金。法院认为构成重复起诉,称:面积不符可否扣减应付租金是前后案的争议焦点,对解决纠纷起核心作用,此争点在前案中业经当事人充分攻防,前案法院已做实质审查和判断,即使D在前案中仅就其主张提出抗辩,未反诉,其另诉行为同样应受既判效力的合理限制。^[50]

确实,前案判决中关于面积不符可否扣减租金的判断是出现在判决理由中的,而后案中法院称D就该事项的另诉同样应受既判力的限制,这就无异于认为判决理由中关于(核心)争点的判断也有既判力。^[51]

案9,P起诉D要求支付货款,D主张P所提供的产品有质量缺陷,给D造成了损失,所以要求减少价款并赔偿损失。D未反诉。法院认定产品质量有瑕疵,进而认同D的减价请求,但认为D未能证明实际损失,故判令D支付价款的80%。判决生效后D起诉P要求赔偿因产品质量缺陷给其造成的损失。一审法院认为,后诉违反了“一事不再理”原则。二审法院维持一审裁定,并称“另(前)案中原审法院已对D的赔偿损失主张作了审理和认定,其主张部分得到了支持。如果本案再对D的主张进行审理,必然造成重复审理,也会产生在内容上存在实质性矛盾的判决”。^[52]

此例中,前案判决主文是肯定货款请求的,而后诉请求则是要求赔偿因质量瑕疵造成的损失,支持后者并不意味着剥夺前案判决主文所给予P的胜诉利益,两者是可以并存的。但对P是否应赔偿损失的问题,前案法院已经在判决理由中作了认定。后诉请求是抵触前诉判决理由中的这一认定的。后案法院由此直接拒绝对后诉请求进行实体审理,这实际就是对部分判

[49] 参见王静:“法院对抵销抗辩的认定具有既判力”,《人民司法(案例)》2014年第2期,第59页。此案发生在《民诉法解释》公布前。

[50] 参见“广东粤景纸业有限公司与广州市黄埔区茅岗农工商公司房屋租赁合同纠纷案”,广州市黄埔区人民法院民事裁定书(2014)穗黄法民三初字第139-1号。

[51] 当然,此案本不必讨论判决理由有无既判力,就可得出同样的结论。因为,既然前案判决之主文已称解除合同,则变更合同、抵付后续租金之说都无从谈起,后案的两项诉讼请求是直接否定前案裁判结果的。

[52] 参见“嘉兴亿阳光电科技股份有限公司与深圳市卓伟视窗显示科技有限公司买卖合同纠纷案”,嘉兴市中级人民法院民事裁定书(2015)浙嘉商终字第254号。

决理由的既判力的肯定。^[53]

(四)既判力扩张的障碍

尽管有通过对“实质否定”之解释将既判力扩张至判决理由之可能性,但这种扩张有两个现实障碍。

第一个障碍是其与所谓免证效力或预决效力之规定相冲突。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第9条规定:已为人民法院发生法律效力之裁判、仲裁机构的生效裁决所确认的事实,当事人无需举证,但当事人有相反证据足以推翻的除外。该规定已被《民诉法解释》第93条原样接收。若依这两个条文,在案9中,D还可以再主张产品质量瑕疵给其造成了实际损失,并追加证据和发表意见(只不过P是有优势的,他至少起初不必举证)。但若依《民诉法解释》第247条,D的后诉可能被视为不合法而被驳回,D根本没有再举证的机会。

在有些案件中,尽管并不涉及重复起诉的问题,但却涉及对相同争点的重复争讼问题,例如(案10),某建筑公司诉某人要求返还其垫付的工人工资,法院判原告胜诉,并在判决理由中确认两者有挂靠关系。后原告再诉,要求被告赔偿损失,理由是被告承包的工程延期使得原告被其他公司追索违约金。在后案中被告再次否认有挂靠关系。^[54]由于没有重复起诉的问题,这时似乎只需要按照《民诉法解释》第93条处理即可,并无法条的冲突问题。而该案法院就是这样处理的。但问题是,总体来看,同为判决理由中的重要判断或核心判断,在有些案件(涉及重复起诉的案件)中是不可被“实质否定”的,在另一些案件(不涉及重复起诉的案件)中却是可以再次争执的。这显然不合理。

当然,前述冲突不是全面的。因为《民诉法解释》第247条适用于当事人相同的情形,而第93条则是不问当事人是否相同的(免证效力是“对世”的)。再者,第247条所指的不仅是事实认定也包括法律判断,而第93条仅指事实判断。

但冲突毕竟是存在的,所以,最高人民法院需要澄清“实质否定前诉裁判结果”之含义或范围,澄清它与第93条的免证效力的关系。

肯定判决理由有既判力的第二个障碍来自于“三同说”本身。按照“三同说”,判断是否重复起诉需要考虑三个要素。但若按照此标准进行判断,在当事人相同的情况下,即便认定某一后诉请求实质否定前诉判决之理由,仍可能无法认定后诉是重复起诉。当然,在前述之案8、案9中没有这样的问题,因为其前后案的诉讼标的都相同(依国内旧说),当事人也相同。但在其他案件中则未见得。例如(案11),P诉D要求其支付所欠货款100万元,D称P欠建筑工

[53] 认为裁判理由中的判断不可被否定的还有其他案件。例如“华志坚与蒋荣华借贷纠纷案”,无锡市中级人民法院民事裁定书(2015)锡民终字第0852号;“唐丽云与徐金龙、邱华平、邓美军建设工程合同纠纷案”,江西新干县人民法院民事裁定书(2015)干民二初字第61-1号;“马树萍与扬州舜天机械管道工具有限公司劳动争议纠纷案”,扬州市广陵区一审民事裁定书(2014)扬广民初字第2153号。

[54] 参见“泰州市兴泰建设工程劳务有限公司与秦跃东挂靠经营合同纠纷案”,江苏省泰州市中级人民法院民事判决书(2015)泰中商终字第00181号。

程款 120 万元,要求予以抵销,并反诉要求 P 偿还剩余的 20 万元。^[55]倘若法院对抵销抗辩进行了实体审理,认定 D 的债权不存在,从而判决 D 在本诉和反诉中都败诉。D 在判决生效后基于前案中其用以抗辩的基础事实起诉 P,要求支付工程款 120 万元。此时,根据“三同说”则会认定后诉不是重复起诉。因为前后案的诉讼标的不同,前案的诉讼标的是买卖合同关系,后案的诉讼标的则是建筑工程合同。但从既判力的角度看,在当事人相同的情况下,若关于某一事项的判断有既判力,就该事项提起的后诉就是重复起诉。由此可见,承认《民诉法解释》第 247 条之“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”,不仅包括对主文之实质否定,也包括对前诉判决理由的实质否定,与承认判决理由有既判力可能尚有距离。实际上,案 8 的受诉法院,尽管援引了《民诉法解释》第 247 条,但并没有讨论诉讼标的是否相同,而是称前案判决理由中的核心判断有既判力,进而认定后诉是重复起诉的。

当然,第二个障碍造成的困扰还不大,甚至它还不是一个现实的障碍。因为,它一般发生在后诉请求与前诉请求不是基于同一个法律关系的情况下。案 11 中的贷款债权和工程款债权显然分别基于买卖合同和建筑工程合同,两者没有法律上的牵连关系,对于这种基于另一个无牵连关系的(尤其是不同种类的)法律关系下的债权提出的抵销抗辩,目前国内法院还不太能接受,正如基于该种债权的反诉一般也不会被接受一样。

但一旦这种障碍成为现实,若最高人民法院认为裁判理由中的(部分)判断也不可被后诉否定,那么就必须修正“三同说”,或者直接规定,对于判决理由中已生既判力之判断所针对的事项,相同的当事人不可再诉。

至于在立法论上应否肯定判决理由的既判力,这是较难做出选择的。两大法系在此问题上似乎是呈对立状况的,明确承认判决理由中的(部分)判断有既判力的仅是普通法系的国家。美国相关的制度是争点排除规则(issue preclusion)或间接禁反言,而英国、加拿大等国的则是争点禁反言(issue estoppel)。在大陆法系国家,现行法不承认判决理由之既判力,唯一的例外是关于抵销抗辩的实体判断。

但现实的差异没有法律文本(判例法或制定法)显示的那样大。实际上,大陆法系部分国家的司法实践已经肯定了判决理由中重要判断的既判力。例如,法国法院承认起决定性作用的判决理由有既判力。^[56]意大利甚至有案例认为既判力及于全部判决理由,而构成主文结论之逻辑、必要前提的判断有既判力,则几乎是公认的。^[57]我国台湾地区自 1984 年以来也已经有几个案例肯定争点效。^[58]

我国法院向来高度重视矛盾判决之避免,而判决理由中的核心判断往往是判决主文的直

[55] 参见“该案是否可以合并审理?”,《人民司法》2002 年第 2 期,第 78 页。此为河北某法院向该刊咨询的案例。

[56] 让·文森等,见前注[28],第 242 页。

[57] Filip De Ly & Audley Sheppard,“ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration”,*Arbitration International*, 51-52(2004).

[58] 黄国昌:“争点效理论之细致化——评‘最高法院’96 年台上字第 1782 号判决”,台湾《台湾本土法学》2008 年第 7 期,第 67 页。

接基础,与这些判断相冲突的裁判一般也被视为矛盾裁判。由此,我们应可考虑肯定判决理由中此种核心判断的既判力。至于对于当事人可能遭受突袭(因为当事人可能只关注结果不关注裁判理由)的担心,则可以通过为判决理由之既判力设置合理的条件来予以避免。这方面英美已经有较成熟的经验可资借鉴,国内对此已不乏介绍。

虽然德国至今仍然一般性地排斥判决理由之既判力,但我们不应忘记,这种排斥并不是古已有之的事实。在德国的“普通法时期”,争点禁反言实际上是得到承认的。只是在19世纪晚期制定民事诉讼法典时,它才被放弃,而萨维尼正是这种放弃的反对者之一。^[59]

应该明确或重申的是,有条件地承认判决理由的既判力,不仅可以防止与判决理由中有既判力之判断抵触的重复起诉,还可以阻止当事人(不同于重复起诉的)重复争讼行为,例如案10中的被告对双方之间挂靠关系的否认。实际上,美国法下的争点排除规则更多是用于对重复争讼而非重复起诉的阻止。

五、既判力扩张引发强制反诉之可能

反诉与既判力这两种具体制度通常没有什么交集或关联,但是在特殊情况下也可能会有例外。而既判力向判决理由扩张之可能,就属于这种特殊情况。正是因为它,强制反诉在少数情况下或会存在。

(一)是否存在必须提起的反诉

《民诉法解释》第247条规定了在一定的条件(当事人和诉讼标的都相同)下,后诉请求不能实质否定前诉裁判,那么这一规定是否意味着在符合该条件的情况下,当事人(被告)必须将可能实质否定前诉裁判的后诉“提前”转换成反诉提起?如果是这样,该条文是否就实际已在一定范围内确立了强制反诉?

案12,P之妻冒用P的名义以其名下房屋抵押贷款,妻去世,银行D要求P还款。P诉D请求确认合同无效。法院驳回P的诉讼请求,且在判决理由中认定合同不成立。D认为判决理由中的判断对其不利,妨碍其以后主张权利,所以申请再审,但被驳回。^[60]

在此例中,假如D不是申请再审,而是另行起诉请求确认合同有效。这一后诉请求并不抵触前诉判决主文之判断(合同无效之请求不成立),但与前诉判决理由中的判断抵触,因为合同有效与合同不成立这两种判断是不能并存的。倘若认为判决理由中的判断也不可被否定,加之后诉的当事人、诉讼标的与前诉的都相同,那么这种后诉就属于重复起诉。这也就意味着,D若要坚持其请求,就必须在前案中提起反诉。由此,《民诉法解释》第247条便隐含了有

[59] Ali Cem Budak, “Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law”, 11 *Civil Justice Quarterly*, 264 (1992). 另有研究德国民事诉讼法(规定既判力仅限于对请求的裁判的)第322条的立法沿革的日本学者认为,该条文是仓促制定法典的结果。参见高桥宏志,见前注[5],第507页。

[60] 参见朱川、周晶:“判决理由既判力的再认识”,《人民司法(案例)》2011年第8期,第98页。

关强制反诉的规定。而 D 的这种反诉本身也是没有问题的,因为反诉请求与本诉请求并非完全相反。与合同无效不相容的并不一定就是合同有效,D 仅反驳原告的主张并不一定能实现自己的确认合同有效的目的。^{〔61〕} 所以,这样的反诉请求不是无意义的。

但是,并不是只要当事人和诉讼标的相同,且后诉请求实质否定前诉裁判理由,当事人就都必须提起反诉。前述之案 9 即是如此。该案之 D 只要在前案中不要求赔偿损失,法院便不会就此作出审理并认定,也就没有后诉请求实质否定前诉裁判理由的问题,因此 D 可以提起后诉,而不必在前案反诉。^{〔62〕}

至于后诉请求实质否定前案判决主文判断的情形,当事人一般不必提起反诉。例如,原告请求确认对某物的所有权,被告不必反诉请求确认自己是所有权人(若其有此实体主张)。他可能只要通过积极反驳原告的主张即可维护自己权利。若其反驳成功,他还可以另诉,此时没有后诉请求实质否定前诉裁判的问题(障碍)。若其反驳失败,法院肯定了原告的所有权,但这实际同时认定了被告不是所有权人,这就等于回应了“潜在的”反诉。被告并不会因为没有反诉而失去本应有的实体权利。类似的是,大陆法系虽然也会出现后诉请求实质否定前诉裁判主文,从而导致后诉不合法的情况,但从不认为此种情况下有强制反诉的问题。例如在德国,一般认为虽然既判力仅限于主文中的裁判,但此裁判不仅针对诉讼标的作了判断,而且“通过对法律后果的裁判,同时也对它的互不相容的反面进行了裁判”。^{〔63〕} 但他们并不认为关于该反面事项存在所谓的强制反诉。

此外,因当事人在判决生效后行使合同解除权、撤销权的情形,虽然此时后诉请求也可能实质否定前诉裁判主文,从而前案被告似乎应该在前案提起反诉。但大陆法系传统上都是将它们作为既判力时间范围问题讨论的,即在前案诉讼过程中已经存在的形成权(撤销或解除的事由发生在标准时前),是否必须在前案判决的标准时前行使。此外,即便依据德、日之通说,认为被告应该在标准时前行使形成权并主张其效果,这也并不意味着他必须提起反诉。例如若原告起诉要求被告支付货款,而被告此时已有解除合同的权利(因产品质量有严重缺陷)且必须行使,则他可以在庭上提出抗辩,称其有权解除合同并当场通知原告解除合同,或者称合同已于开庭前通知原告解除(如果有此事实),从而使原告败诉。至于被告在解除合同后的后续权利(退货、返还已经支付的部分货款等),则可以另诉,而此后诉并不违背《民诉法解释》第 247 条。唯一可能的例外发生在被告以显失公平为由要求法院变更或撤销合同,而法院又认为这种要求必须通过起诉而非抗辩的形式提出,此时或有所谓强制反诉的问题。但实际上被告的这种要求是否必须以诉的形式提起,还是也可通过抗辩的方式提出,是有争议的。更不用说,即便应该以诉的形式提起,还可能有该当事人自己先行起诉要求变更、撤销合同之情况发

〔61〕 当然,若前案法院在审理过程中就其将要作出的合同不成立之判断向双方当事人说明,并给双方充分争讼的机会,可在一定程度上避免再审或后诉,甚至也可避免这种反诉。

〔62〕 当然案 9 也有其特殊性。D 在前案中只是主张其因 P 提供的产品质量有瑕疵而受到损失,并未反诉,通常法院对此是不必进行实体审理的。如果是这样,在此例中就没有后诉否定前诉裁判理由的问题。

〔63〕 穆泽拉克,见前注〔35〕,第 327 页。

生。此时,对撤销权人而言,就没有所谓反诉问题,更不必说强制反诉了。

归结而言,即便《民事诉讼法解释》第247条有可能引发强制反诉,也应该只是在少数情况下会实际发生。

(二)与美国强制反诉的区别

在美国法下,所谓的强制反诉是指被告对于同一事件或交易下他可能提出的请求都必须在本案中作为反诉请求提出,否则就面临失权的后果,不能另行起诉。前述之案9若发生在美国,被告不但应要求减少价款(反诉或抗辩),而且应当就赔偿损失等其他可以获得的救济提起反诉,否则就会失权。因为这些反诉请求与本诉都是基于同一交易或事件的。在美国法下,原告和被告都必须就同一事件或交易下的所有可能提出的请求进行诉讼,否则就不能达到一次性解决纠纷的目的。

由此可见,即便认为《民事诉讼法解释》第247条隐含了强制反诉的规定,它与美国的强制反诉还是有明显差异的。《民事诉讼法解释》下的强制反诉要求是不全面的,一般只是在后诉请求会实质否定前诉裁判理由的情形下,才有可能存在,而且还需契合“三同说”,即必须当事人与诉讼标的都相同。此外,即便在某种情形下有强制反诉的要求,也并不要求被告就所有可能的提出的请求提起反诉,而只限于可能实质否定前(本)诉裁判的请求。

如果《民事诉讼法解释》确实隐含了对强制反诉的规定,尽管其范围很有限,但也已经确实背离了大陆法系的传统。虽然大陆法系也曾有个别学者主张在少数例外情况(例如,被告就抵销后剩余的少量债权另行提起诉讼),基于公平保护当事人利益等方面的考量,也应认同强制反诉,^[64]但大陆法系至少在制度上一般是不承认强制反诉的(家事案件或为例外)。

六、“三同说”之例外

《民事诉讼法解释》第247条在规定“三同说”的同时,设置了除外条款,即“但法律、司法解释另有规定的除外”。就既判力客观范围而言,现行法下属于这种除外规定的已有一例,即《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害解释》)第6条。它规定:“当事人在侵权诉讼中没有提出精神损害的诉讼请求,在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。”按照“三同说”,这种另诉本不属于重复起诉。因为虽然当事人相同,前后诉的诉讼标的为同一个侵权法律关系(按照国内旧说),但是精神损害赔偿请求与财产损害赔偿请求是不同的诉讼请求。除前一条文外,除外规定或例外情形还应该有哪些,是需要探讨的。本文认为,至少应包括以下两种情况。

(一)合理的一部分请求

所谓部分请求是指将同一金钱债权分割,数次进行诉讼的起诉方式。这种分割诉讼的方式是令人担忧的,我们会担心它会损害被告的利益,担心它会恶意耗费有限的司法资源。但是,考虑到在某些情况下债权人这样诉讼有正当理由。例如,债权的金额较大,对应的诉讼费

[64] 参见邱联恭,见前注[36],第270页。

较高,而债务人实际只有部分或少量的清偿能力。所以,作为例外,应当有条件地允许以部分请求的方式起诉。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第11条也为这种合理的一部分请求提供了支持,因为它规定“权利人对同一债权中的部分债权主张权利,诉讼时效中断的效力及于剩余债权,但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外”。由此债权人在提起部分请求时,一般不用担心剩余债权会超过诉讼时效。^{〔65〕}但为了限制当事人滥用诉讼程序,也为了平衡原告与被告的利益,应当考虑在原告的前次诉讼获胜的情况下,才允许其进行后续的诉讼。^{〔66〕}

当然,将合理的一部分请求作为“三同说”的一个例外,存在着一个前提。即在债权人这样起诉时,他在前后诉讼分别提出的诉讼请求,即便金额不同,也应认为是诉讼请求相同。例如,原告称被告没有偿还借款本金1亿元,在第一次诉讼中请求被告偿还100万元,在第二次诉讼请求偿还900万元。此时不但两次诉讼的诉讼标的(按国内旧说)相同,诉讼请求也相同。如果不做这样的解释,那就意味着“三同说”完全(不设防地)对部分请求敞开了大门。也就是说,无论原告(自称债权人之人)怎样分割债权进行诉讼,无论他是否有正当理由分割诉讼,只要他在前案胜诉,只要他每次提出的诉讼请求金额不同,它的后续起诉都不能被认定为重复起诉。换言之,那样会给恶意的部分请求打开方便之门。例如原告为了规避级别管辖的规定而将同一债权分割诉讼。

此外,如果我们已经选择了旧标的说,那么先诉本金、后诉利息的情况就不宜再作为部分请求对待了。因为此时已经涉及两个不同债权,而且从“三同说”(“二同说”亦然)的角度看,当事人原本就是可以这样诉讼的(至少在本金之诉胜诉时是如此)。由此,对这种“分割诉讼”的准许,并不是“三同说”之例外。

(二)基于诚信原则而允许的例外

立法者于2007年在《民事诉讼法》中确立了诚实信用原则,由于它是一项基本原则,而“三同说”不过是一项具体的规定,而且仅是出现在司法解释中的,所以应该认为,法官在具体个案中,在法律和司法解释明文规定的除外情形之外,可以基于诚信原则的适用,再认定少量的“三同说”之例外。

这方面域外有一些实例可供参考。一些国家在采“二同说”的同时,基于诚信原则,对可以再诉或不可再诉的范围做了微调。即以诉讼标的为基准,允许稍有扩大或缩减。换言之,在某些例外情况下,即便超出了诉讼标的也不可再诉;或者相反,在诉讼标的之内也可以再诉。

日本最高裁判所1976年9月30日的判决即是一例。该判决称:“尽管前诉与本诉(后诉)的诉讼标的是不同的……依据诚实信用原则,不能允许前地主方提起本诉。”该法院之所以在

〔65〕 日本最高法院曾有判决认为,只有提起诉讼的那部分债权的时效发生中断。参见高桥宏志,见前注〔5〕,第99页。

〔66〕 即便从《民法解释》第247条看,若认为裁判理由中的核心判断也不可被否定,大致也可得出同样的结论。因为若原告在第一次诉讼中败诉,他的后诉请求可能会抵触前诉裁判理由(例如借贷关系不成立或无效)的,所以属于重复起诉,是不合法的。

此案中动用诚信原则打破常规,一个重要的考量是:“考虑到本诉的提起距上述征收处分作出之时已经超过了20年,如果让前地主方提起本诉,那么就会不当地使基于该征收处分的土地受让人(或者继承人)的地位处于长期不安定的状态。”〔67〕

美国法院也承认请求排除规则之例外。如果是由于被告的欺诈或其他的虚假行为而导致请求权分离(分成二次或二次以上诉讼)的话,那么法院可能会认为既判事项没有阻止再起诉的效力。例如在 *Hyyti v. Smith* 案中,刚到美国不久不会说英文的原告诉称被告杀害了其父。她依赖被告律师的意见(自己未请律师),只就住院费、医疗费及丧葬费起诉。判决生效后,由于认识到自己有权以失去抚养方面的权利为由要求惩罚性赔偿,所以她再诉。被告提出既判力的抗辩,但被法院驳回。法院认为,被告对于原告在前案中遗漏丧失抚养权的诉因,负有责任。〔68〕

在德国,有法院认为,原告表示其提起的请求涵盖了所有损害,而且不会考虑其他请求权,在一定的情况下这意味着舍弃,如果此后原告提出其他请求,则是不正当的。〔69〕这也可谓是诚信原则适用的一个实例。

以上域外的实例可供我们参考,但具体如何在既判力客观范围方面基于诚信原则为“三同说”设定合理的例外,尚待实务的积累。

七、结语

归结而言,《民诉法解释》第247条设定的重复起诉的一般判断标准是以当事人、诉讼标的、诉讼请求为要素的“三同说”。除了当事人要素外,它涉及的是既判力客观范围的问题。它有确定的方面,也有不确定的方面。它可以消除此前对于某些类型案件的争议,但它未对诉讼标的作出界定,因此诉讼标的这一要素可谓是一个准空白要素。域外更为广泛采用的是以当事人、诉讼标的为要素的“二同说”。即一般而言,在当事人相同的情况下,若诉讼标的相同,即为重复起诉。“二同说”更为合理,更合乎诉讼标的概念之本意,因为诉讼标的即为诉讼的对象或审理对象,若就相同的诉讼标的再诉,自然就是重复起诉。诉讼标的之事件说与“三同说”实际是冲突的,而在“三同说”下兼采诉讼标的之新说或相对论,则会有要素重合的问题,会导致“三同说”异化成“二同说”。若不考虑认同度很低的新实体法说,在常被论及的诉讼标的诸学说中,旧标的说是最契合“三同说”的。此外,国内法院对旧说的认识(国内旧说)较粗糙,与大陆法系的旧标的说(传统旧说)有差异。但兼采国内旧说的“三同说”,其实际运作效果接近于兼采传统旧说的“二同说”。所以,在这种背景下,“三同说”大致是可接受的。《民诉法解释》第247条中“后诉请求实质否定前诉裁判结果”之表述在解释上存在弹性,若认为它也包括后诉请求实质否定前诉裁判理由中重要判断之情形,那么就可能近似于承认部分判决理由有既判

〔67〕 高桥宏志,见前注〔5〕,第549页。

〔68〕 参见弗兰德泰尔等,见前注〔9〕,第621页。

〔69〕 罗森贝克等,见前注〔7〕,第1170页。

力,包括对有关抵销抗辩的实体判断的既判力的承认。事实上,已经有法院根据《民诉法解释》第 247 条肯定(部分)判决理由的既判力。但既判力向判决理由的扩张面临两个障碍。障碍之一是与《民诉法解释》第 93 条规定的生效裁判中事实认定之预决效力有冲突。障碍之二则是“三同说”本身,根据该标准,即便后诉实质否定前诉裁判理由且当事人相同,也未见得是重复起诉,因为还须诉讼标的相同。若承认(部分)判决理由的既判力,则既判力排除的不仅是重复起诉,还有关于相同(核心)争点的重复争讼。此外,如果裁判理由不可被后诉请求实质否定,可能导致在少数情况下,被告不得不提起反诉。此即为强制反诉。但不可将它与美国的强制反诉相提并论,后者的范围很广。在采“三同说”的同时,应承认合理的例外,至少应当承认合理的部分请求,以及法院在个案中基于诚实信用原则的恰当适用而确认的例外。

总之,“三同说”在当下大致是可接受的,但“实质否定前诉裁判结果”之含义尚待澄清。若国内法院对诉讼标的旧说的理解更为精确,能够接近于大陆法系对旧说的一般理解,则向“二同说”转化是应该的。

Abstract: The Supreme Court has just adopted a three—element test for repeated suits. This test examines the identity of parties, theme of action, and claims, but the later claim substantively destroying the former judgment will be treated as same as the former claim. It mainly concerns with the objective range of res judicata, despite of its consideration of the element of parties. This test can only give definite answers to some of the disputed cases, while fails to do so to other cases, because it does not provide a definition to theme of action. The two—element test, however, only examining the identity of parties and theme of action, is more widely accepted, and is in accordance with the original meaning of theme of action. The three—element test accommodates well to the old theory on theme of action. Based on our courts’ predominant opinion on theme of action, the result of three—element test would be similar to the two—element test in practice, so it is acceptable basically. “Substantively destroying” needs to be clarified, and if the reasons of previous judgment cannot be destroyed, the test nearly recognizes that reasons of judgment have the effect of res judicata too. This way of interpretation will cause compulsory counter—claim in some circumstances. The three—element test should allow for the reasonable part claims, and other exceptions based on the principle of good faith as well.

Key Words: Objective Range of Res Judicata; Three—element Test; Theme of Action; Reasons of Judgment; Compulsory Counter—claim

(责任编辑:傅郁林)