

分类号: D915

单位代码: 10335

密 级: _____

学 号: 21502025

浙江大学

硕士学位论文



中文论文题目: 论诉讼上的抵销

英文论文题目: The Set-off In Civil Procedure

申请人姓名: 盛 温 唯

指导教师: 周 翠

合作导师: _____

专业名称: 诉 讼 法 学

研究方向: 民 事 诉 讼 法

所在学院: 光 华 法 学 院

论文提交日期_____

论诉讼上的抵销



论文作者签名:_____

指导教师签名:_____

论文评阅人 1: _____

评阅人 2: _____

评阅人 3: _____

评阅人 4: _____

评阅人 5: _____

答辩委员会主席: _____

委员 1: _____

委员 2: _____

委员 3: _____

委员 4: _____

委员 5: _____

答辩日期: _____

浙江大学研究生学位论文独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的
研究成果。除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发
表或撰写过的研究成果，也不包含为获得 浙江大学 或其他教育机构的学位或
证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文
中作了明确的说明并表示谢意。

学位论文作者签名：

签字日期：

年 月 日

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解 浙江大学 有权保留并向国家有关部门或机
构送交本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅。本人授权 浙江大学
可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索和传播，可以采用影
印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。

（保密的学位论文在解密后适用本授权书）

学位论文作者签名：

导师签名：

签字日期： 年 月 日

签字日期： 年 月 日

致 谢

两年的研究生学习生活很快就要过去了，在这两年中我成长了很多，经历了很多事，犯过错误也得到了一定的教训，在此，我想对帮助过我的老师和同学表示感谢，感谢这两年来大家对我的厚爱，不仅在学习上，也在生活上给予我很多的帮助和鼓励，让我学会了很多做人的道理。研究生学习时光虽然短暂，却也是一份珍贵的记忆。

同时要感谢周翠老师在我写论文期间对我的帮助，对此我深表感谢。从选题到初稿，再到定稿自始至终都得到了周老师的悉心指导，没有周老师的指导和帮助我不能完成这篇论文，因此我表示非常感谢。另外，感谢翁晓斌老师、林劲松老师、胡铭老师等各位恩师的谆谆教诲，各位老师的不倦帮助使我的知识体系得以充实，对诉讼法的理解更加深入，为我的论文写作打下了基础。

最后，所有的感激之情不能一下完全表达出来，在此我祝愿所有的老师和同学都能在未来的日子里，身体健康，万事如意。

摘 要

诉讼抵销作为防御手段具有法律行为和诉讼行为的双重性质；与反诉相比，诉讼抵销有其存在的独特价值，司法实务中应将诉讼抵销与反诉相区分；抵销抗辩基于的反债权虽在诉讼中被提出，但并不构成诉讼标的，因此不发生诉讼系属的效果；若当事人之间关于解决反债权争议存在仲裁协议或管辖协议，法院对抵销抗辩基于的反债权是否有管辖权应视具体情况而定；诉讼抵销须在最后一次言词辩论结束前提出；提出抵销抗辩的当事人应当承担证明反债权抵销适状的举证责任；抵销抗辩在督促程序中被提出时应视为被申请人提出对支付令的异议；判决理由部分关于抵销抗辩的判断应具有既判力。

关键词：反诉 抵销 既判力

Abstract

As a defense, the set-off in civil procedure is a civil juristic act as well as a civil procedure act. Compared with the counterclaim, the set-off in civil procedure makes different, and the judicial practice should distinguish them. Creditors' obligations of the set-off are not the subject matter of action that do not take the effect of *lis pendens*. If there is an arbitration agreement or a jurisdiction agreement about solutions to creditors' obligations between the parties, the court should be flexible. It is important that the set-off should be raised before the end of the last court debate. The party who puts forward the defense is required to carry the burden of proof. The set-off from the debtor in the procedure for urging debt repayment should see as the defense against the order for payment. Last but not the least, the reasons for judgments which find out the existence about the set-off should have the effect of *res judicata*.

Keywords: Counterclaim Set-off Res Judicata

目 次

致 谢.....	I
摘 要.....	II
Abstract.....	III
目 次.....	IV
1 引言.....	1
2 诉讼抵销的基础理论.....	2
2.1 法律性质.....	2
2.2 分类.....	5
2.3 与反诉的差异比较.....	6
3 诉讼抵销的诉讼系属问题.....	11
3.1 学说梳理.....	11
3.2 “否定说”的优点.....	13
4 诉讼抵销的程序性问题.....	15
4.1 与仲裁协议或管辖协议的关系.....	15
4.2 诉讼抵销的申请时间.....	16
4.3 诉讼抵销的举证责任.....	17
4.4 督促程序中的抵销.....	18
5 诉讼抵销的既判力探讨.....	19
5.1 现有规范梳理.....	19
5.2 实践疑难探析.....	21
5.3 域外理论考察.....	23
5.3.1 德国的既判力理论.....	23
5.3.2 美国的“已决事项”理论.....	30
5.4 解决方案建议.....	33
6 结 语.....	36
参考文献.....	37
作者简介.....	40

1 引言

诉讼上的抵销，是指被告于诉讼中针对原告诉之债权提出的抵销抗辩。^[1]理论上对于诉讼上抵销的法律性质存在不同的学说。诉讼上的抵销不同于一般的抗辩手段，其涉及诉之债权之外的反债权，因此就是否允许当事人基于反债权另行起诉或根据已经起诉的债权在另案中提出抵销抗辩，理论上存在各种观点。另外，我国的司法实务界往往不对诉讼抵销与反诉加以区分，而且在抵销抗辩是否发生既判力这一问题上亦存在不同的处理方案，这可能导致同案不同判的结果，从而进一步影响我国司法权威与法安定性^[2]。

鉴于我国民事诉讼法对抵销抗辩缺乏具体的规定，而司法实践中各法院关于抵销的做法又不相同，因此有必要对诉讼抵销的概念、法律性质、分类及其与反诉、诉讼系属的关系进行研究。另外，诉讼上的抵销还涉及一系列程序问题，例如其与仲裁协议或管辖协议的关系、提起诉讼抵销申请的时间要求、诉讼抵销的举证责任和督促程序中的抵销如何处理等，均需进一步研究。在探讨以上问题时，不仅需要梳理现有的规范，并结合司法实务中的具体案例，探寻我国法律规范与司法实务中有关诉讼抵销的漏洞与问题，而且还有必要借鉴德国等大陆法系国家的规定，为完善我国诉讼抵销的法律规定提供立法建议。

因此，本文第一部分首先从诉讼抵销的基础概念出发，结合民事诉讼法学理论，明确诉讼抵销的法律性质和分类，并围绕笔者检索到的裁判文书，整理、分析我国民事诉讼规则下诉讼抵销与反诉的不同，明确抵销在诉讼上的独特价值，为下文问题的研究提供理论依据。第二部分通过列举诉讼上的抵销在诉讼系属问题上的两种情形，并结合相关学说对这两种情形的不同观点，提出本文认为理想的解决方案。第三部分涉及关于诉讼抵销的程序问题，通过探讨诉讼抵销在各个具体程序中的适用，逐一确定诉讼抵销在各程序背景下的应有之义。第四部分重点考察德国的既判力理论，并与美国的“已决事项”理论相比较，在汲取司法实务界见解的基础上，进一步围绕我国的现行规范，对我国诉讼抵销的法律规定提出完善建议。

2 诉讼抵销的基础理论

2.1 法律性质

民法上，抵销系二人于互负债务时，各以其债权充当债务之清偿，两项债权在相等的数额内消灭。^[3]抵销是一种实体法上的形成权，一方为抵销之意思表示到达相对人时，抵销发生效力，此效力回溯至双方互负的债务最初得为抵销的时刻。^{①[4]}抵销可分为广义抵销和狭义抵销。广义的抵销包括法定抵销与合意抵销，狭义的抵销仅指法定抵销。所谓法定抵销，系由法律规定其生效要件，于要件成立时，依当事人一方所为意思表示的抵销。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第九十九条规定了法定抵销，即“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销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限”。另外，《合同法》第八十三条规定了受让人的抵销，也属于法定抵销，即“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销”。所谓合意抵销，系当事人双方对抵销达成一致，即便双方互负债务的种类与性质不同，也可以抵销。^[5]《合同法》第一百条规定了合意抵销，即“当事人互负债务，标的物种类、品质不同的，经双方协商一致，也可以抵销”。

抵销的独特性在于，通常情况下债权人需利用法院的强制执行来实现权利，而抵销在符合法律规定的特定情形下，权利主体可以采用单方法律行为来实现权利。^[6]法律允许抵销主要是基于两个方面的考虑，一方面抵销可以避免不必要的相互给付，简化给付过程；^[7]一方面抵销为债务人提供了一种非法定担保，以避免清偿债务后承担己方债权无法实现的风险。^[8]

实体法规定的抵销不仅在清偿债权方面具有重要的作用，而且在民事诉讼中作为防御手段也具有显著的意义。诉讼上的抵销，系当事人在诉讼过程中以言词

^① 《法国民法典》第1290条规定：“债权抵销得依法律之效力当然发生，即使各债务人不知，亦同。两宗债务自其开始同时存在时，即在各自的同等数额内相互消灭”。详见罗结珍译，《法国民法典》，北京：北京大学出版社，2010：329。

或书面的形式为抵销意思表示,即一方面行使实体法上的抵销权,一方面提出对原告债权的抵销抗辩。^{[9]748}原告起诉的债权,可称为受动债权、主债权或诉之债权,本文统一称之为诉之债权;被告提出抵销抗辩所基于的债权,即债务人的债权,可称为主动债权、自动债权、抵销债权或反债权,本文统一称之为反债权。

对于诉讼抵销法律性质,学说上存在私法行为说、诉讼行为说与折衷说等不同观点。

(1) 私法行为说,亦称为实体法说或双重要件说,认为诉讼抵销之行为性质上属于民法上抵销权行使之法律行为,不因其诉讼过程中被行使即变更其性质为单纯的诉讼行为。诉讼抵销系实体法上之法律行为与诉讼法上之诉讼行为双重要件共同构成。当事人在诉讼上为抵销表示时,一方面系以意思表示行使民法上之抵销权,一方面系以诉讼法上之防御手段,主张两造之债权债务关系发生消灭。当事人在诉讼过程中抵销表示之行为表面上似仅有一个行为,但实际上同时兼有民法上抵销权之行使与诉讼法上主张诉之债权因抵销而消灭之陈述。民法上行使抵销权之意思表示系法律行为,虽然在诉讼过程中为之,亦应受到民法规定法律行为要件及效果的限制。至于诉讼法上之防御陈述系诉讼行为,其亦应受到诉讼法规定诉讼行为要件及效果的限制。所以,当事人在诉讼上为抵销时,不仅在实体法上发生诉之债权因抵销而消灭的法律效果,而且在诉讼法上亦发生诉讼胜败结果及判决之既判力。^{[10]88-89}

(2) 诉讼行为说,认为诉讼抵销之行为性质上系民事诉讼法上固有的制度,是由当事人在诉讼上向法院主张抵销抗辩之诉讼行为,此时抵销权人所为之抵销表示需在法院作出判决之后才能发生消灭债权的抵销效果。^{[10]89}换言之,当事人在诉讼过程中所为抵销之意思表示是否发生效力要经由法院的判决,即在判决确定之后才发生法律效力,而不是在意思表示到达相对人时即发生法律效力。若原告的债权之诉未经法院判决而终结,如因原告撤诉,那么被告所为之诉讼抵销行为亦因原告撤诉而无效。所以,诉讼抵销的要件、行使方式及效果,应依照诉讼法有关诉讼行为之规定。诉讼抵销之法律性质为诉讼行为,自然与实体法上之法律行为有所区别。

(3) 折衷说,亦称混合说,认为诉讼抵销之法律性质有两大要点:其一,此说认为诉讼抵销是具有双重性质的行为,其区别于法律行为与诉讼行为,是为

这二者之外的第三种行为。诉讼抵销虽为单一之行为，却同时兼有实体法和诉讼法之双重性质，在性质上无法如同像私法行为说那样将其分开讨论，而应当将其作统一理解。其二，当事人抵销意思表示之法律效果发生与否，于诉讼判决最终决定之前，一直处于未定状态。^{[10]89-90}换言之，诉讼抵销想要发生法律效力必须同时兼具实体法和诉讼法规定的要件，如若缺少其中一项，其法律效果不发生，所以，当诉讼抵销因诉讼法上原因而被驳回时，其实体法上之抵销效果也不发生。此说与私法行为说之区别为：私法行为说认为诉讼抵销之效果在实体法和诉讼法上各自独立存在，而折衷说认为二者密不可分，且抵销效果的发生与否于诉讼判决最终作出时才得以确定。

笔者赞同折衷说，主要理由如下：

第一、若采诉讼行为说，其说认为诉讼抵销之行为系单纯的诉讼行为，那么当事人在行使抵销权时，其意思表示到达法院即可，而无需到达相对人，这与抵销权作为单方法律行为的性质有所矛盾，因为抵销权于其抵销表示到达相对人始发生效力，即应于相对人到场听闻抵销之意思表示，或收受载有抵销之意思表示的书状时，才发生其抵销之效果。^[11]诉讼行为说将诉讼抵销视为单纯的诉讼行为，而忽略了抵销发生效力还应符合实体法上的规定^[12]，因此，笔者认为诉讼行为说不妥。

第二、若采私法行为说，其说认为诉讼抵销之行为乃实体法上抵销表示与诉讼法上主张抵销抗辩结合而成，但是两者独立存在，并不相互依赖。但是，若作为诉讼行为的抵销抗辩因诉讼不合法被驳回时，私法行为说认为，虽然抵销抗辩被驳回，但是当事人的抵销表示并不受影响，继续发生实体法上的效力，那么在理论上解释就存在困难了，例如在原告的债权之诉中，被告提出的诉讼抗辩因延迟提出而被驳回时，如若认为抵销表示的法律效果继续发生，那么当法院判决原告胜诉时，因为抵销已经发生法律效力，即意味着原被告互负的债务已在等额内消灭。但是，一方面因抵销抗辩已失权，所以被告不能主张原告之债权因抵销消灭阻止对其的强制执行；另一方面，被告对原告的债权因抵销已消灭，所以被告也不能通过另行起诉来要求前诉之原告履行清偿义务，这必然导致对被告的不公平。因此，笔者认为私法行为说亦不妥。

第三、若采折衷说，其说认为诉讼抵销之效果在实体法和诉讼法上相互依赖，

如若缺少其中一项要件，即不发生实体法与诉讼法上的效力。当出现上文中所述诉讼抵销因不合法被法院驳回时，因为诉讼抵销之行为不符合诉讼法上的规定，所以其私法意义上的抵销权行使无效，即便于原告胜诉时，被告无法阻止其强制执行，但是被告可以另行起诉原告来实现自己的债权。而且，无论是原告撤诉还是被告因为意思表示瑕疵的原因撤回抵销的意思表示，该诉讼抵销因缺少诉讼法或实体法的要求而归于无效，提出抵销的被告不因此受到不利，其反债权不受到之前提出抵销的影响。^[13]换言之，被告可以基于反债权另行起诉原告。另外，被告提出抵销抗辩的目的在于获得胜诉的判决，而抵销抗辩作为防御手段未被法院实质判断之前，难说抵销意思表示已经发生实体法上法律效果，故笔者赞成折衷说。

2.2 分类

民事诉讼是两造解决私权纠纷的主要途径，如于原告的债权之诉中，被告所为之诉讼抵销，既可以于承认原告债权下而主张，即所谓单纯的抵销；亦可以是被告在主张诉讼抵销时，同时以“若法院认为原告之债权之诉有理由”为条件，即所谓预备抵销。^{[9]748}但是，根据《合同法》第九十九条规定：抵销不得附条件或者附期限。问题在于被告行使抵销权所附的条件是否构成民法意义上的“附条件”，换言之，被告所为之预备抵销是否合法？笔者认为，被告所为之预备抵销合法，其提出抵销抗辩所附的条件并不构成民法意义上的附条件，理由如下：

民法上之所以禁止抵销权附条件或者附期限，是因为其作为形成权具有权利主体单方行使即可改变法律关系的强大权能，为了保护相对人的利益，不令其处于不确定的状态，法律禁止形成权附条件或附期限。但是，被告主张的预备抵销并不会使相对人处于不确定的状态，因为主债权的存在是抵销的生效要件，并不是民法意义上的不确定事件，而且法院在对被告主张的抵销判决之前，首先需要对原告诉讼债权的存在与否进行审查，如果被告提出优先主张债务免除、诉讼时效或延期清偿的抗辩，而辅助性地提出抵销抗辩，则抵销是否适用取决于原告之债权是否成立，这里涉及的仅仅是一种逻辑上的联系，而非构成民法意义上的未来事件的发生。^{[9]752}因此，“诉之债权存在”并非抵销权的条件，而仅属于行使抵销权的条件，这也意味着预备抵销并不违反《合同法》第九十九条。

另外，虽然诉讼上的抵销分为单纯抵销和预备抵销，但是无论当事人提出的抵销是哪一种，法院在审理时都必须先对原告之债权存在与否进行判断，然后再审查被告提出的反债权，而对于预备抵销，其往往会存在多项抗辩，例如债务免除抗辩、诉讼时效抗辩和抵销抗辩，法院只有在认定抵销抗辩以外的抗辩手段不成立，且认定诉之债权成立的前提下，才能对反债权进行审理。

2.3 与反诉的差异比较

在民事诉讼中，被告可以将抵销作为一种防御手段提出，也可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第五十一条的规定提起反诉，直接对原告提起攻击以取得反债权的执行名义。但在我国的司法实践中，法院往往对反诉和抵销抗辩不加以区分^[14]，往往在被告提出抵销抗辩时，要求被告必须提出反诉^[15]。

案例 1^①：

甲基于买卖合同起诉乙要求支付买卖价款，乙于诉讼中提出抵销抗辩称，甲未按照合同履行义务应承担违约责任，要求于买卖价款中扣除相应的违约金额。一审和二审法院均认为乙仅就违约金提出抵销抗辩而未提出反诉，故不予审理，告知乙另案提起诉讼。

案例 2：

甲基于农村土地承包合同起诉乙要求支付土地使用费，乙于诉讼中提出抵销抗辩称，其对承包的土地进行了投资开发，使该土地由不适宜种植地变为了可种植地，无形中已提高该部分土地的生产能力，故要求将改造费与土地使用费相抵销。一审法院认为乙提出的抵销抗辩不成立，二审法院认为抵销抗辩成立，并将对抵销抗辩的判断写入了判决主文部分。后本案经检察院提起抗诉，再审法院认为，依通说，抵销抗辩不是反诉，法院对于抵销抗辩的判断不是对诉讼标的的判断，而是判决的理由，其认为抵销抗辩成立，且认为二审法院对抵销抗辩的判断以判项形式作出，存在不当，并予以纠正。^②

案例 1 中的法院认为当事人必须就抵销抗辩的反债权提起反诉，而不允许其

^① 厦门益德孚贸易有限公司与亿曼丰科技（深圳）有限公司买卖合同纠纷上诉案—厦门市中级人民法院民事判决书。如无特别说明，本论文中的案例均来自北大法宝。

^② 湛江市东海岛实验区东简镇龙水村后山村民小组与吴居来农村土地承包合同纠纷案—广东省高级人民法院民事判决书。

仅提出抵销抗辩。另外,有的法院认为被告仅提出抵销抗辩,而未提出单独的诉讼请求,在双方对抵销相关事实存在较大争议,相关证据需进一步核查的情况下,认为抵销主张不宜在本案中处理。^①案例2中的法院认为抵销抗辩与反诉是不同的诉讼行为,对前者的判断属于判决理由部分的内容,对后者的判断属于判决主文的内容,允许提出抵销抗辩。

另外,有的法院认为被告可以其对原告之借款债权与原告对其之买卖债权相互抵销。^②有的法院认为依据《合同法》第九十九条的规定,任何一方都可以将自己的债务与对方抵销,并不需要通过反诉的方式进行主张,被告提出的抵销抗辩于法有据。^③

总体而言,以上两则案例代表我国司法实务上两种主要观点:1)当被告提出抵销抗辩时,要求其必须提出反诉,否则不予受理;2)允许被告提出抵销抗辩,且严格将抵销抗辩与反诉相区分。由于司法实践对于抵销抗辩与反诉的认识存在混乱,这必然会造成不同法院针对类似案件的处理方式不同,从而导致司法不统一。因此,笔者认为有必要对抵销抗辩与反诉加以区分。下文主要从我国民事诉讼规则对二者的规定出发,分析其不同之处,为法院处理反诉与抵销抗辩相关问题提供一些参考。

诉讼抵销兼具法律行为和诉讼行为双重性质,诉讼抵销在法律行为层面需满足民法对之的规定,即《合同法》第九十九条法定抵销的条件:1)当事人互负到期债务;2)债务的标的物种类、品质相同的,但根据法律规定或合同性质不适合抵销除外;3)当事人抵销的意思表示需到达相对人,并于到达时生效;4)抵销不得附条件或者附期限。在诉讼行为层面,诉讼抵销必须满足诉讼法对于诉讼行为的规定,即:1)当事人能力要求:其应是诉讼当事人而非诉讼参与人;2)诉讼能力要求:其应具有完全民事行为能力;3)代理权或授权要求;4)抗辩提出时间的要求:抵销抗辩应适时提出。另外,审理法院对于反债权要有管辖权。

相较于诉讼抵销,反诉作为民事诉讼法上规定的一项诉讼制度,提出反诉行为的法律性质为诉讼行为,除需要满足当事人诉讼行为能力要求外,还需满足《民事诉讼法》第五十一条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解

^① 上海伸立物流管理有限公司诉张文平企业承包经营合同纠纷案民事判决书——上海市第一中级人民法院民事判决书。

^② 阙道元与汪业解买卖合同纠纷案——湖南省常德市武陵区人民法院民事判决书。

^③ 吴忠艳与郑元强等合同纠纷案——浙江省乐清市人民法院民事判决书。

释》（以下简称《民诉法解释》）第二百三十三条规定的条件：1）当事人要件：反诉当事人限于本诉当事人的范围内；2）牵连性要件：反诉与本诉之间应有事实或理由的关联，即基于同一事实或同一法律关系发生的权利义务；^[16]3）时间要件：反诉必须于本诉开始后、言词辩论结束前提出；4）管辖权要件：本诉审理法院对反债权有管辖权，且反诉必须向本诉法院提出。

通过比较诉讼抵销与反诉的提出条件，我们可知二者的区别体现在以下几个方面：

（1）适用范围不同

根据提起反诉的牵连性要件，基于同一债权有时只能提出抵销抗辩而不能提起反诉。例如，原被告互负 100 万元的到期债务，原告享有买卖债权，被告享有借款债权，两个债权基于的事实及理由均无联系，被告不能提起反诉，而可以提出抵销抗辩。

另外，当提起反诉符合法定条件时，如果反债权的诉讼时效已过，被告提起反诉和提出抵销抗辩会有所不同。例如，原被告互负 100 万元的到期债务，原告享有买卖债权，被告享有借款债权，两个债权基于的事实及理由有关联，但是被告反债权在反诉提起时诉讼时效已过，原告可以提出诉讼时效抗辩，此时被告的反诉将因无理由而被判决驳回；但是如果该反债权在抵销适状之时诉讼时效还未经过，即便在诉讼时诉讼时效已过，被告也可以提出抵销抗辩要求将反债权与诉之债权抵销。^[17]

根据抵销对债权性质的要求，基于同一债权有时只能提起反诉而不能提出抵销抗辩。例如，原被告之间存在房屋买卖合同关系，原告起诉被告要求支付买卖价款，而被告提起反诉称，房屋楼梯存在瑕疵，导致其在下楼梯时摔倒而受伤，其要求原告承担侵权责任，此时被告可以提出反诉，但是其不能提出抵销抗辩，因为该反债权是基于侵权行为产生的，依据其性质不能与诉之债权抵销。

（2）权利主张范围不同

诉讼抵销的提起并不使反债权发生诉讼系属，所以当被告提起的反债权数额大于原告提起的诉之债权时，抵销抗辩与反诉在诉讼结果在会有所区别，假设原被告的债权都成立，那么对于抵销抗辩成立的诉讼而言，法院最终是判决原告败诉，被告抵销后剩下的债权不发生诉讼系属且不发生既判力。换言之，被告反债

权的余额无法获得执行名义，其只能通过另行起诉来实现剩余债权。而对于本诉与反诉都成立的诉讼而言，法院将会对诉之债权和反债权都作出判决，如果反债权的数额大于诉之债权，那么被告可以获得剩余反债权的执行名义。^[18]

（3）诉讼费用不同

诉讼抵销与其它如债务免除、诉讼时效或延期清偿抗辩相同，被原告之诉所吸收而无需缴纳额外的诉讼费用。而反诉构成一项独立的诉讼，当事人需另外向法院缴纳诉讼费用。

（4）原告撤诉的效果不同

当原告撤诉时，因诉讼抵销依附于本诉存在，一旦本诉终止，那么法院自然不会对抵销抗辩进行审理。而对于反诉，其独立于本诉，本诉的撤诉并不会对其产生影响，法院仍需对反诉进行审理。^[19]

（5）法院审理的方式不同

对于反诉的审理方式，根据《民诉法解释》第二百三十三条第二款的规定，法院在“反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或反诉与本诉的诉讼请求基于同一事实的”的情况下，应当将本诉与反诉合并审理，其它情形下，法院可以将两诉分别审理。

对于抵销抗辩的审理方式，我国并没有相关的法律规定，法院有较大的自由裁量权，若被告提起抵销抗辩基于的相关事实较为简单，法院会在本案中对其进行审理；若抵销抗辩基于的相关事实较为复杂、有争议，且相关证据需要进一步的调查，而当事人又只提出抵销抗辩，而未提出反诉，法院将不对抵销抗辩进行审查，而要求当事人另案提起诉讼。^①但是，若法院认为抵销抗辩的事实较为复杂而不予审查，这显然侵害了被告的抵销权。

通过上文的分析，对于诉讼抵销与反诉，我国实践中主要存在两个问题，一是有的法院对反诉与诉讼抵销不加以区分，而采取一刀切的方式，要求被告必须提起反诉，而不允许其提出抵销抗辩；一是有的法院因为反债权过于复杂，恐其影响诉讼进程，禁止被告在诉讼中提出抵销而要求其提起反诉或另行起诉。

针对前一问题，笔者认为应当严格将反诉与诉讼抵销加以区分，如果被告提出的抵销抗辩符合《合同法》与民事诉讼规则的规定，就应当允许被告提出抵销

^① 上海伸立物流管理有限公司诉张文平企业承包经营合同纠纷案民事判决书—上海市第一中级人民法院民事判决书。

抗辩。

针对后一问题，笔者认为可以借鉴德国民事诉讼法中的分离辩论审理方式，对于被告提出的抵销抗辩，如果反债权与诉之债权的性质和种类相同可以进行抵销，那么以反债权与诉之债权是否有法律关联为标准，将诉之债权和反债权进行分离辩论。分离辩论的优点在于，如果法院认为诉之债权不成立，则直接判决驳回诉讼请求，而无需对抵销抗辩进行审理；如果法院认为诉之债权成立，且诉之债权已经可以判决而反债权还未届至判决成熟时，为了避免诉讼拖沓并快速给予原告执行名义，可先对诉之债权发布保留判决，即附解除条件的终局判决。^{[20]196}在保留判决形成之后的程序中，原被告只能对抵销进行陈述，对于诉之债权任何新的陈述都将不被允许。^{[20]197}后续程序中，如若反债权成立，抵销数额大于或等于诉之债权，则裁定撤销保留判决并判决驳回诉；如若反债权不成立，那么保留判决成为终局判决（不附解除条件的）。

综上所述，诉讼抵销与反诉，虽都是被告主张反对诉之债权的方式，但是两者的作用和功能互相不能取代。当事人可以任意选择其中一种来达到诉讼成功的目的，法院应当充分尊重当事人对诉讼行为的选择自由，对抵销抗辩与反诉加以区分，在当事人诉讼行为合法的情况下，严格遵守处分原则^[21]，对当事人提出的抵销抗辩或反诉进行审理。

3 诉讼抵销的诉讼系属问题

诉讼系属，即诉讼存在于法院，处于接受法院审判的事实状态。德国民事诉讼法通说认为，诉讼系属开始于原告的起诉状送达被告，而不是起诉状达到法院；但是如果之后立刻进行送达的，自诉状到达法院之时追溯既往地发生诉讼系属。^{[20]78}例如，原告在诉状送达被告之前向法院申请撤诉，诉讼系属即不发生。诉讼系属发生产生管辖恒定、当事人恒定、禁止重复起诉、诉讼时效中断等法律效果。如上文所述，诉讼抵销在具有法律行为性质的同时，又具有诉讼行为的性质，那么被告主张的反债权是否因为其提出抵销抗辩而发生诉讼系属，对此问题存在争议。

先抵销后起诉，即甲对乙提起了 100 万元的债权之诉，而在诉讼过程中乙基于对甲 100 万元的反债权提出抵销抗辩。同时，乙基于同一反债权另行起诉甲，此时乙针对甲提起的后诉是否合法？

先起诉后抵销，即甲对乙提起了 100 万元的债权之诉，同时，乙针对甲也提起了 100 万元的债权之诉，甲在后诉中以前诉中对乙享有的债权提出抵销抗辩，此时甲提出的抵销抗辩是否合法？

如上两种情形均涉及反诉与抵销并行的问题。第一种情形涉及是否允许抵销权人再次起诉，第二种情形涉及是否允许起诉人再次提起抵销抗辩的问题。在这两种情形，法院在程序上如何对待，均需详细探讨。

3.1 学说梳理

关于上述问题存在不同的学说，一般可分为肯定说、否定说及折衷说，其中以肯定说和否定说为主要学说，其主要内容如下：

（1）肯定说，即允许抵销权人提起后诉或允许原告于后诉中提出抵销抗辩。其主要理由如下：

第一、根据《民诉法解释》第二百四十七条规定，当事人构成重复起诉需同时满足以下三个条件：前后两诉当事人相同、前后两诉诉讼标的相同（我国通说认为“诉讼标的”是指原告对被告提起的特定的权利主张，即构成诉的内容）^[22]且前后两诉诉讼请求相同或矛盾。而诉讼抵销只是于诉讼过程中以抗辩方式被提

出,无论是先起诉后抵销,还是先抵销后起诉,虽然前后两诉的当事人相同,但是前后两诉的诉讼请求和诉讼标的都不同,所以无该重复起诉规则适用之余地。

第二、抵销抗辩是被告提出防御的方法之一,其与诉讼标的不同,法院必须对诉讼标的作出判决,但法院是否对抵销抗辩进行判断并不确定。因为无论被告于提出抵销抗辩时是否有提出其它抗辩事由,法院首先需要对原告之债权是否成立进行判断,只有认定原告之债权成立时,其才会进一步对抵销抗辩进行审理,如若一概认为只要被告提出抵销抗辩,反债权即发生诉讼系属,那么于先起诉后抗辩,前诉原告不能以他已向法院提起的债权来针对后诉原告之诉进行抵销,这显然剥夺其抵销权。^[23]

第三、如果认为因抵销抗辩反债权发生诉讼系属,那么当被告想要撤回抵销抗辩时,则必须经过对方当事人或法院的同意。^[23]换言之,被告将不被允许以其他债权来代替目前的债权而达到抵销目的,这显然侵害了被告选择的自由。

第四、主张否定说的主要理由之一是允许提出后诉或于后诉中提出抵销抗辩可能导致前后两诉发生相互矛盾的判决结果。但是,这种矛盾并非不可避免,因为前后两诉的当事人是一样的,法院完全可以对两个诉讼程序加以调整,来防止矛盾裁判的出现。^[23]

(2) 否定说,即不允许抵销权人提起后诉或于后诉中提出抵销抗辩。其主要理由如下:

第一、大陆法系多数国家的民事诉讼法都有规定,判决理由部分对抵销抗辩成立与否的判断扩张既判力,而对普通抗辩的判断是无既判力的,从此特别规定可以看出,其主要目的就是为了防止前后两诉判决出现矛盾,所以不允许提起后诉或于后诉中提出抵销抗辩。^[24]

第二、对于“先起诉后抵销”,后诉中成功的抵销抗辩将会使反债权消减,所以会使得前诉丧失诉之利益,因此应当不许在后诉中提出抵销抗辩。同样,如果债务人在前诉中已经提出了抵销抗辩,前诉中成功的抵销抗辩将会使反债权消减,那么另行其诉将不再有权利保护需求,亦不许另行提起诉讼。^[25]

(3) 折衷说,持折衷说的学者不多,但学说内容各不相同。例如,有学者主张,在先抵销后起诉的情形,禁止提起后诉,而在先起诉后抵销的情形,则允许其提出抵销抗辩。^[26]但有学说与此相反,主张于先起诉后抵销,认定抵销抗辩

不合法，而于先抵销后起诉，则认定后诉为合法。^[26]

3.2 “否定说”的优点

关于诉讼抵销之诉讼系属问题，第一，无论持肯定说还是否定说，大多数学者认为抵销抗辩基于的反债权不构成诉讼标的，故不发生诉讼系属的效果，对此问题争议不大。第二，对于是否允许抵销权人提起后诉或前诉原告于后诉中提出抵销抗辩，肯定说与否定说争议较大，笔者结合学者们的讨论，并综合我国的实际情况，认为法院在程序上采否定说更好，理由如下：

首先，对于“先抵销后起诉”，若采肯定说，当反债权与诉之债权有事实或理由的关联，抵销权人可提起反诉，法院可将两债权合并审理，此时不存在裁判矛盾的问题；当反债权与诉之债权无事实或理由的关联，抵销权人另行提起诉讼，前后两诉同时进行，两诉的审理法官根据自由心证各自对案件进行认定，问题是法官可能对反债权的认定存在不同，例如，前诉法官认定原告甲诉之债权成立且乙之反债权不存在，后诉法官却认定原告乙诉之债权（即前诉之反债权）成立；又例如，前诉法官认定原告甲因反债权存在而败诉，后诉法官却认定原告乙诉之债权（即前诉之反债权）不成立。

其次，对于“先起诉后抵销”，若采肯定说，当反债权已在前诉中发生诉讼系属，即便反债权与诉之债权有事实或理由的关联，后诉中抵销权人也无法提起反诉，其只能提起抵销抗辩，但前后两诉的审理法官也可能对反债权的认定存在不同，例如，前诉法官认定原告甲诉之债权（后诉之反债权）成立，后诉法官却认定原告乙诉之债权成立且反债权不存在；又例如，前诉法官认定原告甲诉之债权（后诉之反债权）不成立，后诉法官却认定原告乙因为反债权存在而败诉。

综上所述，若采肯定说，无论是“先抵销后起诉”，还是“先起诉后抵销”，都可能产生矛盾的裁判。如若抵销权人想要另行提起诉讼，完全可以先撤回抵销抗辩，否则前后两诉的并行可能会导致裁判矛盾。另外，肯定说的理由之一是，法院可以通过合并审理或诉讼中止来避免裁判矛盾，但是我国民事诉讼法规则对合并审理并没有作出相关规定，即便是参考《最高人民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》第2条^①，也需涉及同一

^① 《最高人民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》第2条规定：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

法律关系或者同一法律事实的不同诉才能合并审理,而且实践中往往需要最高法院指定管辖。换言之,对于“先抵销后起诉”,只有后诉符合反诉条件时,即便后诉在其他法院审理,也可以合并审理,但对于不符合反诉条件的,无合并审理的适用余地;对于“先起诉后抵销”,只有当前诉之债权与后诉之债权涉及同一法律关系或法律事实时,才可合并审理。至于诉讼中止,我国《民诉法》第一百五十五条第五项规定,本案中止诉讼必须是“以另一案的审理结果为依据,而另一案未审结”为条件,以上两种情形显然不满足诉讼中止的此项条件,法官无法根据现有的民事诉讼法规来中止诉讼以避免裁判矛盾。另外,前后两诉的当事人相同,只是位置倒置,对于“先抵销后起诉”和“先起诉后抵销”,前后两诉涉及到对同一债权的认定,当事人为了自身的利益会向后诉法官提起,后诉法官对前一情形可以裁定驳回起诉,对后一情形可以不考虑抵销抗辩直接作出裁判。

的,后立案的法院在得知有关法院先立案的情况后,应当在七日内裁定将案件移送先立案的法院合并审理。

4 诉讼抵销的程序性问题

当事人提出抵销抗辩是其维护自身利益的重要程序手段,对于一般的债权之诉而言,法院往往只需对原告之债权的存在与否进行判断,但是抵销抗辩将另一债权引入到诉讼中。此时,对于这项不发生诉讼系属的债权,法院需要审查诸多程序上的问题,如管辖权问题、诉讼抵销的申请时间、举证责任问题等。因此,下文就诉讼抵销可能涉及到的程序问题进行讨论,希望能为实务上处理诉讼抵销问题提供一些参考。

4.1 与仲裁协议或管辖协议的关系

仲裁协议,系当事人自愿采用仲裁方式解决纠纷,从而排除法院管辖权的协议。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第五条规定,当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理,但仲裁协议无效的除外。因此,如果甲乙之间对某项债权纠纷约定了仲裁协议,当甲基于另一债权起诉乙时,乙不能援用已经约定仲裁协议的债权来提出抵销抗辩,因为不能将该项有争议的债权提交给法院判决应当是仲裁协议的内容。考虑到双方的意思自治原则,如果一方将约定了仲裁协议的债权用于诉讼抵销时,法院应以该抵销抗辩不合法予以驳回。值得注意的是,虽然法院有诉讼管辖权是其作出有效实体判决的前提要件之一,但是因为其对管辖权进行职权审查,而非职权探知审查,仍需受辩论主义的约束。^[27]换言之,若如甲未提出或未在首次庭审之前向法院提出双方之间有仲裁协议,那么根据《仲裁法》第二十六的规定,法院将摒弃仲裁协议,即受理甲之诉讼的法院对反债权享有管辖权,乙可以基于约定管辖协议的债权提出抵销抗辩。

另外,根据《民诉法》第三十四条,当事人可能对反债权约定了管辖协议。管辖协议可创设或排除某一法院的管辖权,前者系积极的合意管辖,后者系排除管辖。合意管辖可以和排除管辖共同使用,例如甲乙可以约定他们之间的合同纠纷由A法院管辖,同时排除其它法院的管辖,那么当他们之间产生合同纠纷时,他们只能在A法院起诉;或者,甲乙可以就法定管辖法院之外约定其它法院管辖他们之间的合同纠纷,那么当他们之间发生合同纠纷时,他们除了可以在拥有法

定管辖权的法院起诉外,还可以将纠纷提交给约定了的其它法院处理。如若甲乙就某项债权纠纷订立了排除管辖协议,即约定当该项债权发生纠纷时,只有B法院对该债权纠纷有管辖权,那么当甲基于另一债权在B法院之外的法院起诉乙时,乙不能援用已经约定管辖协议的债权来提出抵销抗辩,因为甲乙已经事先排除了受诉法院对反债权的管辖权。当然,甲乙之间的管辖协议一方面要符合民事诉讼法对管辖协议合法性的规定;另一方面管辖协议作为合同,其成立和有效与否还需符合民法上的规定。如前所述,值得注意的是,虽然法院有诉讼管辖权是其作出有效实体判决的前提要件之一,但是因为其对管辖权进行职权审查,而非职权探知审查,仍需受辩论主义的约束。换言之,对于当事人之间是否约定有管辖协议,需要由当事人自己向法院主张,即根据《民事诉讼法》第一百二十七第一款的规定向法院提出管辖权异议。如若当事人未提出或未在提交答辩状期间提出管辖权异议,那么根据《民事诉讼法》第一百二十七第二款关于应诉管辖的规定,受理甲之诉讼的法院对反债权就享有管辖权,即乙可以基于约定管辖协议的债权提出抵销抗辩。

4.2 诉讼抵销的申请时间

是否将抵销抗辩作为防御手段提出是当事人的诉讼自由,然而其并不能滥用此项权利,即不适时地提出抵销抗辩,从而导致诉讼拖延。法院允许被告自由提出抵销抗辩的同时,还必须考虑原告享有的程序和实体利益,以及诉讼经济的要求。

被告可以在一审、二审或执行程序中提出抵销抗辩,但其提出的抵销抗辩必须满足民事诉讼规则对于举证期限的规定。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第四十一条规定:一审程序中的新证据,是指当事人在一审举证期限届满后新发现的证据、因客观原因无法在举证期限内提供的证据;二审程序中的新证据,是指一审庭审结束后新发现的证据,或当事人在一审举证期限届满前申请法院调取未获准许,二审审查后准许调取的证据。

《证据规定》第四十三条第一款规定:当事人举证期限届满后提交的证据不是新证据的,法院不予采纳。结合《证据规定》第四十一条和第四十三条第一款的规定,若抵销抗辩发生在举证期限届满前的,那么当事人在没有正当理由时,必须

在举证期限内提出抵销抗辩的证据,否则视为逾期举证,法院不予采纳;若抵销抗辩发生在举证期限届满后、一审庭审终结前的,那么抵销抗辩的证据属于一审的新证据,当事人可以在一审开庭前或开庭审理时提出;若抵销适状发生在原审庭审结束后的,当原审是一审时,抵销抗辩的证据属于二审的新证据,当事人可以通过上诉在二审程序中提出抵销抗辩的证据;当原审是终审时,因为抵销抗辩发生在原审结束后,即属于发生在既判力基准时之后的新事由,该抵销抗辩不会被既判力所遮断,当事人可以在执行程序中利用抵销抗辩提出执行异议。

4.3 诉讼抵销的举证责任

民事诉讼法上的抗辩,系当事人根据法律规定,针对对方当事人诉讼请求提出的反对性主张,旨在使相对方之诉讼请求在程序上不发生或归于终结,以及实体上不发生被法院支持的法律效果。民事诉讼法抗辩分为广义的抗辩和狭义的抗辩。广义的抗辩包括程序抗辩和实体抗辩,狭义的抗辩仅指实体抗辩。程序抗辩包括妨诉抗辩和证据抗辩,前者一般是针对诉讼要件(违反管辖规定、当事人无诉讼能力、禁止重复起诉等)和诉讼障碍(存在仲裁协议、未提供诉讼担保等)的抗辩,其抗辩成立的后果是导致原告诉之不合法或不成立;后者一般是针对对方当事人提交的证据之抗辩,例如对方当事人提交的某一证据是通过违法手段获得的,针对这个证据之抗辩成立的后果是此证据将不被法院采纳。实体抗辩包括权利抗辩和要件事实抗辩,前者一般是当事人行使实体法上的权利(抗辩权或形成权)来暂时或永久阻止请求权行使的抗辩;后者一般是当事人针对请求权的要件事实提出的抗辩,分为权利障碍事实抗辩(如诉讼时效抗辩)与权利消灭事实抗辩(如债务已清偿)。当事人提出权利抗辩不仅要提出主张权利的要件事实,而且行使权利的意思表示要到达对方当事人,而要件事实抗辩只需提出抗辩事由(要件事实)即可。^[28]诉讼抵销,系当事人在诉讼过程中行使抵销权从而针对对方当事人之请求权的抗辩,其应为实体抗辩中的权利抗辩,旨在永久阻止原告请求权的行使。

根据《民诉法解释》第九十一条关于举证责任分配的规定,主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证责任;主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨碍的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或权利受到

妨碍的基本事实承担举证证明责任。换言之,根据《民诉法解释》举证责任分配的规则,原告需要对请求权发生的事实构成要件承担举证责任,例如在买卖债权之诉中,原告需要证明其与被告之间存在有效的买卖合同,且己方已经履行了合同义务;被告需要对权利消灭事实(如抵销、免除等)、权利阻却事实(如行为人无民事行为能力、诉讼时效已过等)和权利延缓事实(如同时履行抗辩权、存在延期清偿约定等)承担举证责任。^{[9]848-850}其中被告承担举证责任需要证明的事实就是其提出民事诉讼法抗辩中的实体抗辩所基于的事实,即被告需要对其提出的抗辩承担举证责任。如上文所述,诉讼抵销系实体抗辩中的权利抗辩,主张抵销抗辩的当事人需要证明原告请求权已经因抵销消灭的事实。换言之,他需要证明其行使的抵销权符合实体法上规定的生效要件,即抵销的意思表示已到达原告、其对原告享有的债权已到期、抵销的两项债权性质与种类相同可以抵销。

4.4 督促程序中的抵销

在督促程序中,申请人对于预计无异议的请求权可以不经事实辩论和事实审查获得支付令,如果债务人未提起异议,那么该支付令发生法律效力,即发生既判力和执行力。^[29]相较于拥有全面程序构造的一审普通程序,督促程序系简化的略式程序构造。^[30]《民诉法》第二百一十六条第二款规定,债务人可以在收到支付令之日起十五日内清偿债务或向人民法院提出书面异议。《民诉法解释》第四百三十八条规定,债务人对债务本身没有异议,只是提出缺乏清偿能力、延期债务清偿期限、变更债务清偿方式等异议的,不影响支付令的效力。债务人提出的抵销抗辩是否构成对债务本身的异议?笔者认为应当采取肯定的回答,因为债务人提出的抵销抗辩应解释为:第一,承认申请人债权的存在;第二,债务人行使抵销权使申请人债权在主张抵销的数额内归于消灭,这与债务人清偿债务没有区别。因此,不能简单地将抵销抗辩中的“承认申请人债权的存在”等同于《民诉法解释》第四百三十八条规定中的“债务人对债务本身没有异议”。

综上所述,法院受理支付令申请后,经审查债权人提供的事实、证据,以及债权债务关系明确、合法的,即向债务人发出支付令,若债务人在收到支付令十五日内提出抵销抗辩,法院应当将该抵销抗辩理解为债务人异议,若经形式审查,抵销抗辩成立的,即裁定终结督促程序。

5 诉讼抵销的既判力探讨

5.1 现有规范梳理

相比于德国和美国完善的既判力理论体系，我国《民诉法》和相关的司法解释有关既判力的规定较为零散。笔者在下文将对我国民事诉讼规则中的既判力规范进行梳理。

《民诉法》第一百五十五条规定：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，是发生法律效力的判决、裁定。

《民诉法》第一百七十五条规定：第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定”。这两项法条中的“发生法律效力的判决、裁定”和“终审的判决、裁定”，可以理解为德国民事诉讼法既判力理论中的“确定判决”^[31]，但是“生效判决、裁定”和“终审判决、裁定”是否具有既判力，还需要结合我国《民诉法》的规定和相关司法解释来具体分析。

首先，《民诉法》第一百二十四条第五项规定：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，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外。《民诉法解释》第247条规定，当事人就已经提起诉讼的事项在裁判生效后再次起诉，同时符合以下条件的，裁定不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉：前后诉当事人相同、诉讼标的相同、前后诉诉讼请求相同或后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。以上《民诉法》和《民诉法解释》的规定赋予了生效判决与“一事不再理”相似的作用，即既判力的消极作用。

其次，《民诉法》第一百五十条规定：有下列情况之一的，中止上诉：（五）本案必须以另一案件的审理结果为依据，而另一案件尚未审结的。这个法条规定若前诉的诉讼标的构成了后诉诉讼标的的前提基础的，那么需要中止后诉的审理，这与既判力的积极作用——“禁止矛盾”相类似。^{[32]158-159}

通过考察我国《民诉法》的规定和相关司法解释，我国民事诉讼法是承认生效判决和终审判决有既判力的。然而，德国的既判力理论有其严密的体系，即既判力存在主体范围、客体范围和时间范围，但是我国民事诉讼法对这些范围是否有作出规定，还需要进一步分析。

第一、既判力相对性原则将既判力的主体范围限于当事人，只有在例外的情况下才向第三人扩张。《民诉法解释》第二百四十七条第一款第一项中规定“后诉与前诉当事人相同”，似乎意味着既判力消极作用只发生于前后诉当事人之间。但是，我国民事诉讼法设置了第三人撤销之诉制度，此制度是在民事诉讼法第三人制度中予以规定的，这意味着第三人可以普遍适用这项制度。如果承认我国民事诉讼法存在既判力相对性原则，那么只有在例外情况下，即既判力扩张范围的第三人需要使用第三人撤销之诉制度，但是我国民事诉讼法对于提起第三人撤销之诉的第三人并没有予以限制。^[33]换言之，在我国民事诉讼法制度下，前诉中有有独立请求权第三人或承担民事责任的无独立请求权第三人，其于后诉中无论居于何种诉讼地位，其都符合前后诉当事人相同的条件，即既判力作用于有独立请求权第三人或承担民事责任的无独立请求权第三人。因此，根据对我国第三人撤销之诉制度的分析可知，我国并不存在既判力相对性原则。

第二、既判力的客体范围一般限于判决主文部分，只就抵销抗辩的判断存在例外。根据我国《民诉法》第一百二十四条第五项规定，生效判决发生既判力。《民诉法解释》第二百四十七条第一款第二项和第三项规定，前后两诉诉讼标的相同、诉讼请求相同或后诉请求与前诉请求矛盾。根据《民诉法》第一百二十四条第五项和《民诉法解释》第二百四十七条第一款第二项和第三项的规定，可以认为我国生效判决发生既判力的范围限于对原告提出诉讼请求基于的实体请求权或法律关系的判断。但是，对于抵销抗辩成立与否的判断是否存在既判力，我国民事诉讼法中没有规定。

第三、根据《民诉法解释》第二百四十八条的规定，裁判发生法律效力后，发生新的事实，当事人再次提起诉讼的，人民法院应当受理。《民诉法解释》第二百四十八条的规定明确了对于前诉之后发生的新事实，前诉生效裁判既判力发挥不了作用。^[34]换言之，我国民事诉讼法对既判力的时间范围作了初步规定，^[35]即法院对当事人争议的权利义务关系的确认限于最后一次庭审言词辩论之时而不及于之后。^[36]

第四、我国民事诉讼法确定了既判力的时间范围，那么既判力的失权效在我国是否当然存在？失权效的作用是排除当事人利用基准时之前存在的事由来否定前面确定的判决。换言之，如果当事人想要提起新的诉讼或再审来否定原来的

确定判决,那么其必须提出既判力基准时之后出现的事由。但是,无论是《证据规定》第四十四条将“新证据”定义为“原庭审结束后新发现的证据”,还是《民事诉讼法解释》第三百八十八条对认定逾期提供证据的理由成立情形的规定,都使得“新证据”的范围过大,这与失权效将基准时之前存在事由遮断的效力相距甚远,使得我国再审程序很容易被启动,后果将会导致确定判决的不稳定和容易动摇。^{[32]161}因此,虽然我国民事诉讼法对既判力时间范围作出了规定,但是其规定过于简单,如若结合再审的规定,我们可以得知该规定不能保证生效裁判的稳定性,即既判力的失权效在我国实际上是缺失的。

综上所述,虽然我国民事诉讼法中生效判决的效力于德国民事诉讼法既判力理论下的既判力有着相似的作用,但是就既判力范围的规定,于我国民事诉讼法立法而言是缺失的,这将导致司法实务处理涉及判决效力问题时存在随意性,我国民事判决的确定性和权威性难以实现。

5.2 实践疑难探析

根据前文讨论的诉讼抵销之诉讼系属问题,笔者认为被告的抵销抗辩并不会使其主张的反债权发生诉讼系属,与之而来的问题是:当法院认定原告诉之债权成立,被告主张的反债权根本不存在,或该反债权与诉之债权发生抵销而不存在时,法院对于该反债权的判决是否发生既判力?被告可否在此诉讼终结后,另行对前诉原告提起反债权的诉讼?不同法院可能对这些问题会有不同的处理方式,下文笔者就该问题列举两个司法实务中出现的案例:

案例 1^[37]:

甲公司与乙公司存在长期的业务关系,自 2004 年起,双方之间签订了多份销售合同,约定由甲负责销售乙的药品。2008 年乙公司在河北石家庄市长安区人民法院起诉甲公司,要求其支付货款 337 万元,而甲公司提出抗辩称,乙公司还欠其促销差价和年终返利款共计 286 万元,要求抵销。此案经石家庄市中院终审认定甲公司提出的反债权不存在,判决甲公司支付乙公司 337 万元。

而后,甲公司又向河南商丘市中院起诉乙公司,要求其支付促销差价和年终返利款共计 286 万元。商丘市中院原一审认为甲公司要求的债权已由石家庄中院作出判决,因此裁定驳回起诉。甲公司不服该裁定,向河南省高院提起上诉,河

南省高院认为石家庄中院对于甲公司债权的认定不影响其行使诉权，因此裁定商丘市中院对甲公司的诉求进行实质审理。然后，商丘市中院作出判决支持甲公司的诉讼请求。乙公司对该判决不服，向河南省高院提起上诉，河南省高院随后又裁定撤销商丘市中院的判决书，裁定驳回甲公司的起诉。

案例 2^①：

甲于 1995 年 12 月 7 日和 2005 年 6 月 7 日分别借款 10 万元和 30 万元与乙。1995 年 6 月 30 日，乙替甲偿还银行贷款 40 万元。

1999 年，因甲拖欠乙 86 万元租金，乙向沈阳市大东区法院提起诉讼，诉讼中甲提出抵销抗辩称，将其对乙的 10 万元借款债权与本案诉之债权抵销，大东区法院认为抵销成立，遂判决甲支付乙 76 万元租金。

2008 年 10 月，乙基于对甲的 40 万元债权向大东区法院起诉，诉讼中甲提出抵销抗辩称，将其对乙的 40 万元借款债权予以抵销，大东区法院认为乙提交关于抵销抗辩的证据不足，故对该抗辩不予采纳，判决甲支付乙 40 万元。乙向沈阳市中院提起上诉，沈阳市中院认为乙对反债权提供的证据不足，驳回乙之上诉，维持原判。

2015 年 3 月 20 日，甲基于前述两项借款债权（共计 40 万元）向沈阳市沈河区人民法院对乙提起诉讼，一审支持甲的全部诉讼请求。乙又向沈阳市中院提起上诉，二审法院认为甲的 10 万元债权已于 1999 年乙诉甲的租金债权诉讼中用于抵销，10 万元的借款债权债务终止。另外，对于甲的 30 万元债权，甲未能举证证明双方对 30 万元借款达成合意，遂二审法院撤销一审判决，判决驳回甲的全部诉讼请求。

案例 1 的焦点在于，石家庄中院对于甲公司反债权的判断是否具有既判力，其判断是否能够拘束其他法院。商丘市中院原一审认为既然甲公司提出的反债权已经经过审判，那么就没有权利再行起诉，因此裁定驳回起诉，其观点为：石家庄中院针对甲公司反债权不存在的判断具有既判力。而与之相反，河南省高院认为石家庄中院的判决并不影响甲公司提起诉讼，商丘市中院不受之前判决的拘束，其观点为：石家庄中院针对甲公司反债权不存在的判断不具有既判力。然后，商丘市中院作出了与石家庄中院相反的判断，支持了甲公司的诉请，即认为甲公

^① 沈阳市东达实业公司与沈阳八家子建筑装饰材料市场民间借贷纠纷——辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书。

司的反债权存在。而当乙公司提起上诉时,河南省高院改变了之前的观点,又裁定撤销了商丘市法院的判决,驳回甲公司的起诉。此时,河南省高院的观点为:石家庄中院针对甲公司反债权不存在的判断具有既判力。另外,有的法院也认为判决理由部分对反债权不存在的判断不发生既判力。^①

案例2的焦点在于甲能否再次基于已经抵销的债权起诉乙?换言之,如果法院认为抵销抗辩成立,被告主张的反债权经抵销不再存在的判断是否发生既判力?本案中沈河区法院支持甲10万元的债权请求,即其认为前诉法院对于反债权不再成立的判断不发生既判力;沈阳市中院则认为对于反债权不再存在的判断发生既判力。另外,有的法院也认为在判决理由部分对反债权经抵销不再存在的判断发生既判力。^②

综上,我国法院在处理涉及抵销抗辩是否有既判力的问题会采取不同的做法,面对我国司法实践中这一混乱、矛盾的情形,笔者认为有必要从我国现行的民事诉讼法制度出发,同时借鉴比较法上的经验,思考解决诉讼抵销既判力问题的对策,从而维护民事诉讼判决的稳定性与法的安定性。

5.3 域外理论考察

5.3.1 德国的既判力理论

德国民事诉讼法既判力理论主要有以下三个规范结构:既判力的概念、既判力的范围、既判力的作用。下文将从这三个规范结构出发,对德国的既判力理论进行分析。

(1) 既判力的概念

既判力分为形式既判力和实质既判力。^[38]形式既判力,即对于确定判决,当事人不能再提起异议或上诉。一般而言,一旦判决经过二审终审,或上诉期届满,当事人未提起上诉,或上诉期内当事人收回已经提起的上诉,上诉期届满前没有当事人再次提起上诉,那么判决将获得形式既判力。形式既判力的作用在于使得诉讼归于终结,但其并不能阻止当事人对同一争执提起新的诉讼及法院为矛盾判决。而实质既判力的作用在于:确定判决的内容对当事人和法院具有强制性的拘束力,当事人不得主张与之相反的内容,其他法院亦不能作出与之内容相矛盾的

^① 上海耐欣机电科技有限公司与毛某某等不当得利纠纷案—浙江省高级人民法院民事判决书。

^② 上海丛远投资集团有限公司与邢黎民间借贷纠纷案—浙江省长兴县人民法院民事判决书。

判断。

（2）既判力的范围

法院判决获得既判力后,无论其判决是否正确,当事人和法院都要受其约束,不得就其判决的内容再次进行争论。但是判决的既判力并非毫无限制,它有着严格的效力范围。

第一、既判力的主体范围,即既判力拘束什么人的问题。民事诉讼必须遵守处分原则和辩论主义,法院根据当事人的辩论作出判决。因此,如果判决随意拘束第三人,那么势必会损害其他人的诉讼保障权以及实体利益,所以判决既判力只在当事人之间发生效力,学者称之为既判力之相对性原则。

作为原则,判决的既判力主体范围一般只及于当事人,但是在一些特殊情况下,因为既判力的主观范围存在延伸的必要性或正当性,在当事人之外,判决的既判力效力可以延伸至第三人。例如,被继受人债权债务的诉讼,判决的既判力可以延伸至其继受人。又例如,在诉讼担当的情形下,遗嘱执行人与第三人的诉讼判决既判力可以延伸至继承人。再例如,关于身份诉讼和团体法律关系诉讼的确定判决,有对世的既判力效力。

第二、既判力的客体范围,即判决中的哪些判断事项产生既判力的问题。《德国民事诉讼法》第三百二十二条规定:判决中,只有对以诉或反诉提起的请求所为的判决有确定力;被告主张反对原告债权的抵销,而判决认定反对的债权不存在的,判决只在主张抵销的数额内有确定力。^[39]《德国民事诉讼法》第三百二十二条第一款规定中的“请求”应理解为诉讼标的,即决定判决既判力客体范围的标尺。诉讼标的理论经过旧实体法说^①、新诉讼标的说^②和新实体法说^③的发展,现在德国民事诉讼法教科书如此定义“诉讼标的”:作出由诉讼请求和生活案件事实所确定的判决的要求。^{[9]675}

^① 依据旧实体法说,“诉讼标的”即第三人主张的实体法请求权,但是这一学说在形成之诉、确认之诉和请求权竞合中遇到了难以克服的困难。

^② 新诉讼标的说,其分为“两分肢说”和“一分肢说”。“两分肢说”根据诉讼请求以及对应的“法律关系”确定“诉讼标的”,此学说在遇到“买卖-支票-案”时,会认为存在两个诉讼标的,这就不能阻止基于支付请求权提起诉讼的原告再次基于票据义务提起诉讼,因为第二个诉讼并不违反第一个诉的诉讼系属;“一分肢说”根据原告告诉的申请来确定诉讼标的,但是如果通过诉之申请本身无法识别不同的“诉讼标的”,则必须补充性地借助原告为其申请出具的理由。两种学说的区别仅在于,后者将生活事实情况视为识别“诉讼标的”的辅助性手段,而前者将之视为“诉讼标的”的重要组成部分。

^③ 坚持新实体法说的学者认为,实体法请求权不能被理解为从各个请求权规范中得出,而应当理解为源于同一生活事实,具有同一法律后果的多个请求权的集合,即只涉及一个并且是同一个请求权。但是,从实体法的角度看,不同的请求权有其各自的独立性,很难将不同的请求权归纳为一个统一的、构成“诉讼标的”的请求权。

法院判决由主文、事实构成和判决理由构成。主文是基于事实构成和判决理由得出的结论，即法院根据原告请求判决的要求而作出的结论。结合上文对德国民事诉讼法第三百二十二条第一款规定和既判力范围的分析，发生既判力是判决的主文部分，而判决理由和事实构成部分不发生既判力。判决理由和事实构成不发生既判力的理由主要有以下三点：

首先，对于诉讼当事人，其关注的对象是诉讼请求是否成立，纠纷是否解决，所以应该把对于诉讼请求的判断与推导出这个判断所基于的其它判断相区分，后者只不过是得出前者的手段，对于其它诉讼标的而言是没有意义的。换言之，对于当事人，其获得了如下保障：他只需针对诉讼请求进行诉讼行为，对于推出诉讼请求判断的攻击防御方法，因为其只在本诉中有效，可以防止突袭性判决，所以他可以自由处分，从而将诉讼目标限制在最小的范围内，尽快得到判决结果；

[40]

其次，对于法院，其就得出诉讼结果的前提问题可以灵活审理，而不用拘泥于实体法的逻辑顺序；

再次，推出诉讼请求判断的攻击防御方法不参与既判力，如果当事人想要避免再次被诉，其可以提起中间确认之诉，让判决理由发生既判力。^[41]

但是，有时仅仅根据判决主文部分来确定发生既判力的内容是存在困难的，因为判决主文的内容往往十分简洁，可能需要参考判决的理由与事实部分，才能知道诉讼标的的内容。例如，当法院判决原告败诉时，判决主文的内容可能是“驳回原告的诉讼请求”，此时无法知晓诉讼标的为何。值得注意的是，参考判决理由或事实构成并不意味着其发生既判力。

既判力的客观范围一般限于判决主文部分，但存在一个例外，即根据《德国民事诉讼法》第三百二十二条第二款的规定，判决理由部分对被告主张抵销数额内债之抵销抗辩是否存在的判断发生既判力。为什么要规定这一例外？我们结合具体的示例来分析。

示例 1：甲基于买卖合同起诉乙请求买卖价款支付 100 万元，乙声明他针对甲有 100 万元的借款债权进行抵销。

若法院认为甲诉之债权成立，乙之反债权不存在，法院判决支持甲的诉讼请求。若乙利用反债权再次起诉甲时，因前诉中法院认定反债权不存在的判决已发

生既判力，后诉法院将视该诉为不合法而裁定驳回。

若法院认为甲诉之债权成立，乙之反债权也存在，乙的抵销抗辩成立，法院将判决驳回甲的诉讼请求。乙可否再次利用反债权起诉甲？若允许乙利用反债权起诉甲，即意味着反债权不存在这一判断不发生既判力，乙可以获得执行名并申请强制执行，则甲要向乙履行债务，但乙的反债权已经与甲的债权抵销了，反债权已经得到清偿，甲没有义务再次向乙履行债务。因此，如果法院的判决理由中确认反债权存在并因抵销而被消灭，若乙利用反债权再次起诉甲，应认为前诉中法院认定反债权不再存在的判决发生既判力，后诉法院将视该诉为不合法而裁定驳回。

综上，《德国民事诉讼法》第三百二十二条第二款应解释为：反债权在所主张抵销数额范围内不存在或不再存在的判决发生既判力。

以上例子是被告提起抵销的情况，而于实践中，还存在原告抵销的情况，即原告通过抵销而使得其自己提起的诉讼被驳回^{[20]193}，被告又基于其享有的主债权提起诉讼。

示例 2：甲对乙享有 100 万元的借款债权，乙对甲享有 100 万元的买卖债权，且两项债权均已到期。随后，甲向乙发出抵销的意思表示，乙认为该抵销无效，因为甲乙在买卖合同中明确约定排除了抵销的适用。所以，甲对乙提起了借款债权的诉讼。但是，法院认为合同对抵销的约定是无效的，所以之前甲行使的抵销权发生效力，导致其借款债权归于消灭，判决驳回甲的诉讼请求。乙坚持认为抵销无效，又对甲提起了买卖债权之诉，

如果认为第一个诉讼判决的既判力仅包含确认借款债权不存在，那么第二个法院不受前诉判决既判力的拘束，而认定乙的买卖债权存在而判决甲败诉。前诉的判决既判力可以阻止甲再次基于借款债权起诉乙，但并不能阻止乙就已经因抵销消灭的买卖债权起诉甲。所以，如若否定第一个诉讼的判决既判力可以扩张到被告的主债权上，那么对甲是不公平，因为他在第二个诉讼中可能会被判履行已经消灭的买卖债务。所以，此时应当准用《德国民事诉讼法》第三百二十二条第二款的规定，认为第二款意义上的既判力可以扩展到被告的主债权上，那么乙针对甲提起的买卖债权之诉将违反前诉判决的既判力，法院裁定驳回乙的起诉。

另外，还存在原告在诉讼过程中行使抵销权的另一种情形^{[20]195}。

示例 3: 甲对乙享有 100 万元的工资债权, 为了节省诉讼费用, 甲对乙向法院提起诉讼时, 只主张了其中 50 万元的工资债权。而被告在诉讼过程中提出抵销抗辩, 主张其对甲享有已经到期的 50 万元借款债权与诉之债权进行抵销。原告则主张以未起诉的 50 万元工资债权与被告的借款债权进行抵销。如此, 原告是否有权在诉讼过程中提出“反抵销”?

德国民事诉讼法学界的主流观点认为, 原告没有权利在诉讼过程中利用未起诉部分的债权来与被告提出抵销的反债权相抵销。否定的理由是: 被告提起抵销抗辩的反债权已经与原告诉之债权在相等数额内消灭, 所以原告主张的未起诉部分的债权失去了抵销的对象。同时, 存在肯定原告进行反抵销的观点, 其认为: 原告提出的抵销是针对被告指定清偿的异议。换言之, 应当将原告的反抵销解释为: 原告不同意被告对诉之债权清偿的方式。但是, 只有原告享有的债权属于《德国民法典》第三百九十六条第一款规定的“适用抵销的多个债权”时^[42], 原告才有权利提出指定清偿的异议, 而以上例子中仅仅涉及同一个债权中的其中一部分, 应无指定清偿适用的余地。

以上是有关既判力客体范围的内容, 主要以判决主文发生既判力为原则, 有时可能需要参考判决理由与事实构成部分来确定既判力发生的内容。另外, 法院关于被告主张抵销数额内反债权存在与否的判断理由, 作为例外具有既判力, 一方面, 当被告提出抵销抗辩时, 法院对于反债权在主张抵销数额范围内不存在或不再存在的判决发生既判力, 从而阻止被告就同一债权再次起诉原告。另一方面, 当原告援用抵销, 其债权之诉被驳回时, 德国书籍文献的广泛代表性观点认为, “如果涉及到被告的主债权, 可以准用第三百二十二条第二款”, 即法院对于被告主债权因抵销数额内不再存在的判决发生既判力。^{[20]194-195}值得注意的是, 虽然法院对于抵销抗辩成立与否的判断发生既判力, 但并不意味着抵销抗辩基于的反债权构成了诉讼标的并发生诉讼系属, 主要理由在本文的第二部分已经论述过了, 此处不再赘述。

第三、既判力的时间范围, 民事诉讼判决的对象一般为民法上权利义务关系存在与否的纠纷, 但是当事人间的法律关系并不是一成不变的, 其可能随着当事人的法律行为或时间的推移而有所改变。但是法院仅是在某一时点确定当事人之间的权利义务关系, 在这个时点之后, 当事人间的法律关系可能发生了改变。例

如，甲乙之间曾经就房屋所有权发生纠纷，法院判决甲为该房屋的所有权人。但若日后甲将该房屋所有权移转于乙，而后甲乙之间又因为此房屋所有权发生纠纷时，其实质上为另外一个案件，不为既判力所排斥。

考虑到以上情况，确定法院针对当事人之间何时的权利义务关系作出判决，就成为一个问题。这里的“何时”便为既判力的时间范围或称之为既判力的基准时。既判力时间范围的意义在于：当事人可以根据在某一时点后发生的新事实提起新的诉讼，而不受既判力约束。一般观点认为，最后一次言词辩论结束的时间被看作是决定时间，如果当事人提出的事实理由是在最后一次言词辩论结束后才出现的，当事人可以提起新的诉讼。^{[9]1170}

（3）既判力的作用

既判力作为民事诉讼中一项十分重要的制度，其一定负载着重要的功能。笔者在讨论既判力概念之时，实际上已经概括了既判力的作用为何，下文笔者将对其进行具体的论述。

第一、既判力的消极作用——一事不再理。当事人之间的诉讼标的经过法院判决后，判决一经确定，当事人不能再根据此诉讼标的另行提起诉讼。如果当事人再次提起诉讼，那么法院将会以违反既判力为由，以其诉不合法而裁定驳回起诉，且不需经过实体审理。既判力的这种效力就是既判力的消极作用，或称之为一事不再理，即禁止对解决事项进行新的诉讼。

第二、既判力的积极作用——禁止矛盾。既判力的消极作用是在前后两诉的诉讼标的是同一的时候发挥效果，若前后两诉的诉讼标的不同，且相互之间没有丝毫关联，那么不会涉及既判力问题。但是，若前诉的诉讼标的构成后诉诉讼标的的先决问题时，后诉法院不得就前诉法院已经确定的诉讼标的进行重新审理，也不得为内容相反的判断，其必须受前一诉讼判断的拘束，并以之为基础作出后一诉讼的判决，以上这种效力就是既判力的积极作用，即禁止后诉法院作出与前诉法院矛盾的判决。

第三、失权效。最后一次言词辩论终结是既判力的基准点，法院的判决是确定该时点以前存在的权利义务关系，如果允许当事人在该时点之后提出该时点前已经存在的事由来否定前诉确定的权利义务关系，那么之前判决的既判力将无意义。因此，根据既判力本身的要求，当事人不得就最后一次言词辩论终结前存在

的事由再次对已经发生既判力的权利义务关系进行争议。^[43]换言之,最后一次言词辩论终结前存在的事由一概被既判力遮断。例如,如果被告未提出在最后一次言词辩论终结前就存在的债务免除抗辩事由,当债权判决确定后,他就不能再以债权已免除来否定判决确定的债务。最后一次言词辩论终结前存在的事由如未适时提出,在后诉中不能再被提出,这种确定判决具有的效力,即失权效,或称之为排除效或遮断效。^{[44]245}

上文对德国民事诉讼法的既判力理论进行了分析,现在让我们回到本章开头所提到的两个案例,如果适用德国的既判力理论法院将会如何处理。

对于案例 1,首先,石家庄中院针对甲乙的判决是终审判决,因此该判决发生了形式既判力与实质既判力。

其次,该判决既判力的主体范围是甲与乙。

再次,该判决的主文部分为判处甲的买卖债权成立,判决理由部分为乙提出的反债权不存在。根据既判力客体范围的一般原则与例外,该判决既判力的客体范围为甲债权成立的判断和乙反债权不存在的判断。

然后,该判决既判力的时间范围是石家庄中院二审最后一次辩论结束的时间。

综上,乙在上述终审判决后,再次基于反债权向商丘市中院起诉甲,且其没有提出在前诉既判力基准时之后发生的新事由,那么根据德国既判力理论,商丘市中院可以不经实体审理,直接认定乙之后诉违反前诉关于反债权不存在的判决既判力而视其为不合法裁定驳回。

对于案例 2,首先,甲乙租赁合同纠纷中甲就 10 万元借款债权提出的抵销抗辩成立,且该案判决已发生既判力。

其次,该判决既判力的主体范围是甲与乙。

再次,该判决的主文部分为判处乙的租金债权成立,判决理由部分为甲提出的反债权存在。根据既判力客体范围的一般原则与例外,该判决既判力的客体范围为乙债权成立的判断和甲反债权经过抵销不再存在的判断。

然后,该判决既判力的时间范围是二审最后辩论结束的时间。

综上,甲在该终审判决后有基于 10 万元债权起诉乙,且其没有提出在前诉既判力基准时之后发生的新事由,根据德国民事诉讼法既判力理论,后诉法院可

以不经过实体审理,直接认定甲之后诉违反前诉关于反债权不再存在的判决既判力而视其为不合法裁定驳回。

5.3.2 美国的“已决事项”理论

上文就作为大陆法系代表的德国民事诉讼既判力理论进行了分析,如若将该理论适用于前述案例,可以防止法院作出矛盾的判决,从而维护判决的稳定性和权威性。而作为英美法系代表的美国民事诉讼法也有既判力理论,其既判力理论称之为“已决事项”(Res Judicata)理论,其分为两部分,即请求权排除原则和争点排除原则(间接再诉禁止)。下文将对请求权排除原则和争点排除原则展开分析。

首先,请求权排除原则,即不允许原告基于同一“纠纷事件”(transaction or occurrence)提起两次诉讼。在《第二次判决重述》如此定义“纠纷事件”:一个纠纷事件或一系列事实群之全部或任一部分。换言之,美国法将诉讼标的用纯粹的生活事实来予以界定,此时实体权利或诉讼请求起不了作用。^[45]适用请求权排除原则需要满足以下要件:

(1) 两次诉讼是由同一原告向同一被告提起的。^①

(2) 第一次诉讼以案件实体事项为基础作出了有效的终局判决。

(3) 两次诉讼基于同一纠纷事件提起。诉讼基于的诉讼请求包括“涉及引起诉讼交易的,或一系列相关联交易的所有或任何部分的”所有救济权利。^[46]例如在一次交通事故后,受害者在第一次诉讼时只提起了财产损害赔偿之诉,那么在这次诉讼过后,如果他又提起了人身损害赔偿之诉,他将违反请求权排除原则,人身损害赔偿之诉将被驳回。

其次,争点排除原则,即经过诉讼审理、作为判决基础依据的争点,一旦由法院作出认定,如果在另案中涉及到此争点,则法院无需再次审理,可以直接对其进行认定。适用争点排除原则需满足以下要件:

(1) 争点排除需要由当事人自己主张,法院不进行职权审查。

(2) 此争点必须是经过法院实质审理的,即经过充分质证、辩论的。

(3) 此争点必须是经过裁决的,即在没有陪审团参与审判的情况下,法官

^① 《美国联邦民事诉讼规则》第13条第1款规定:“如果被告要对原告提出诉讼请求,且该请求与原告的诉讼请求源自于同一交易或事件,则其必须在该待决案件中提出。没有提出的,则视为放弃其诉讼请求。”(强制反诉规则)所以,这里并不要求两次诉讼包含相同的当事人。详见白禄铉、卞建林译,《美国联邦民事诉讼规则证据规则》,北京:中国法制出版社,2000:31。

对该争点进行了认定,得出了事实和法律结论;在陪审团参与审判的情况下,陪审团通过特别裁决或呈交给陪审团的质询书就具体决定作出说明。

(4) 不同案件涉及到的争点是同一争点。

(5) 此争点是原判决作出判决的必要基础,即如果此争点发生改变,就会导致判决结果的改变。^①

(6) 争点排除原则受正当程序原则的限制,即争点排除能对谁主张的问题。正当程序原则保证每一个人都有充分和公平的机会参与到与自己利益有关的诉讼中,所以争点排除原则只能对参与过争点认定的原案件审理的当事人提出。^②

(7) 争点排除原则受相互性原则的限制,即争点的排除谁有权提出的问题。一般争点排除只能由争点认定时案件的当事人提出,但是随着美国判例的发展,出现了例外,即非相互性防御性争点的例外(为了另案被告的利益)^③和非相互性进攻性争点的例外(为了另案原告的利益)^④。

以上是美国的既判力理论,对于诉讼抵销的既判力问题,我们主要用到其中的争点排除原则。我们将争点排除原则适用于本章开头的两个案例,法院将会如

^① 例如在采取混合过失原则(如果原告被证明存在过失,无论被告是否存在过失,其将败诉)的案件中,如果法院认定原告存在过失,被告也存在过失,法院则驳回原告的起诉,此时原告存在过失这一争点是影响判决结论的关键,而被告是否存在过失并不会影响判决,能够适用争点排除原则的只有原告存在过失这一争点,假如在另案中涉及到被告的过失问题,后诉法院并不受前诉法院结论的拘束,可以对被告的过失问题进行再次认定。

^② 例如甲和乙的案件中的一个争点已经得到认定,在甲和丙的案件中涉及到同一争点,此时甲不能对丙提出争点排除,因为丙并没有参与到甲和乙的案件中,其享有的正当程序权利没有得到保障。

^③ 第一次出现在替代责任的案件中,例如第一次诉讼甲(车祸受害者)诉乙(车祸肇事者,车非其所有,第一责任人)赔偿损害,法院认定甲负全责,乙无过错及过失,判决甲败诉。甲不服判决,第二次诉讼以丙(车主,第二责任人)为被告提起诉讼,法院允许丙主张甲有过错,乙没有过错过失这一争点排除,从而赢得诉讼。不然,假设第二次诉讼中,法院认定乙有过错或过失,需承担赔偿责任,那么根据替代责任,车主需替乙赔偿甲,然后其可以向乙请求清偿。如果丙诉乙请求补偿其损失,丙胜诉,因为第二次诉讼法院认定乙有过错或过失,乙本来就应该承担责任。但是,如果丙败诉,那么最终由丙支付了赔偿金,其反倒成了第一责任人,这与法律规定相矛盾。源于以上考虑,美国联邦法律和大多数州的法律允许另案的被告主张防御性的争点排除,只要被主张适用争点排除的人已经在前诉中得到了充分和公平的诉讼机会。

^④ 如在关于一个航空事故的案件中,有100个受伤的乘客,其中10名对航空公司提起了诉讼要求损害赔偿,法院最终审理认定航空公司存在过失,判决航空公司败诉。剩下的90名乘客对航空公司提起了第二次诉讼要求赔偿损失,法院允许其主张航空公司存在过失这一争点,法院无需再次审理,就可以判决原告胜诉。但是,这一例外也引起了广泛的争议,因为假如允许后诉的原告主张进攻性争点排除,那么一些乘客开始时会选择观望,静观其他乘客的诉讼,因为无论诉讼结果如何,他们的利益都不会受到损害,如果认定航空公司有过失,他们可以主张争点排除;如果认定航空公司无过失,他们也不受影响,可以提起诉讼。因此,这样带来的后果可能是增加法院的诉讼负担。所以,如果想要适用这一例外需要满足以下几个条件:

- A、原诉的被告已经积极的参与到诉讼中,争点的排除不会对其造成不公平;
- B、在后诉之前并不存在对被告不一致的判决记录在案,仅有一个对其不利的判决;
- C、原诉的被告在后诉中能获得与原诉一样的程序权利;
- D、后诉的被告不能轻易地加入本可加入的在先诉讼。

何处理。

对于案例 1，因为甲诉之债权与乙的反债权是基于同一个销售合同而产生的，所以根据美国民事诉讼的强制反诉制度，乙必须在前诉中基于反债权提起反诉，不然其将不能另行起诉。为了排除强制反诉的适用，我们将案例稍加改动，即假定乙提出的反债权与甲诉之债权没有事实与法律上的联系，若甲诉乙是基于销售合同，乙诉甲是基于与前诉没有关联的债权，前后两诉并不违反请求权排除原则，乙另行提起诉讼，那么甲想要避免诉讼，其只能根据争点排除原则向法院主张争点排除，然后法院根据其申请，依法审查乙提出的债权诉请是否满足争点排除原则所要求的条件。

首先，乙之反债权在前诉中已经充分质证、辩论，并在判决理由中予以判定。

其次，前后两诉涉及的是对同一个债权的判断。

再次，法院对于反债权的成立与否的判断将直接影响第一个诉讼的结果。因为如果法院认定反债权成立，那么法院将判决乙支付货款 51 万元；如果法院认定反债权不成立，那么法院将判决乙支付货款 337 万元。

综上，如果甲在后诉中向法院主张争点排除，反债权不存在这一争点已经过前诉法院的实质审理，则后诉法院将不需进行实质审理，可直接裁定驳回乙的诉讼请求。

对于案例 2，也按照同样的思路来分析。

首先，甲之 10 万元反债权在前诉中已经充分质证、辩论，并在判决理由中予以判定。

其次，前后两诉涉及的是对同一个债权的判断。

再次，法院对于反债权的成立与否的判断将直接影响第一个诉讼的结果。因为如果法院认定反债权成立，那么法院将判决甲支付租金 76 万元；如果法院认定反债权不成立，那么法院将判决甲支付租金 86 万元。

综上，既然前后两诉涉及的是同一争点，而且该争点经过实质审理并在判决理由中有所记载，且足以影响第一个判决的结果，那么法院将无需进行实质审理，可直接裁定驳回甲的诉讼请求，^[47]此结果与适用德国民事诉讼法既判力理论得出的结果相同。然而，当反债权数额大于诉之债权数额时，根据德国的理论，抵销权人还是可以基于剩余债权提起诉讼，法院需要进行实质审理，而如果是根据美

国的争点排除原则，因为反债权无论是不存在还是因为抵销有剩余，反正针对此债权的判断已经作出，反债权如果是被认定为不存在，那么当抵销权人另行起诉时，相对人可以主张争点排除，法院将会裁定驳回起诉；如果法院是认定反债权有剩余，那么当抵销权人另行起诉时，其可以主张争点排除，要求法院无需进行实质审理，直接作出支持其诉讼请求的判决。

5.4 解决方案建议

上文笔者将德国民事诉讼法既判力理论与我国民事诉讼规则的既判力规定进行了比较分析，得出我国民事诉讼关于既判力范围的规定存在不足的结论，下文笔者将进一步研究我国民事诉讼既判力范围规定缺失对诉讼抵销的影响，并提出针对我国民事诉讼法涉及诉讼抵销既判力规定的完善建议。

首先，我国民事诉讼规则没有明确既判力的相对性原则，所以若法院作出诉之债权成立的判决后，该判决的既判力会拘束诉之债权的保证人，虽然其作为第三人没有参与到债务人与债权人的诉讼中，但是要受到诉之债权成立判决的拘束，其不能对诉之债权再行争议，即不能再次起诉要求确认债权不成立，而只能通过第三人撤销之诉来予以救济。但是，第三人撤销之诉有其特殊的起诉要件，即根据《民诉法》第五十六条的规定，第三人需要证明自己未参加前诉是因不可归责于己、原判决的内容错误且自身民事权益受到损害，在知道或应当知道民事权益受到损害六个月内向原判决法院提起，相较于普通起诉的要件，这加大了提起第三人撤销之诉的难度。因此，既判力相对性原则的缺失虽然不会对债权人和债务人产生不良影响，但是前诉判决的既判力因为会拘束第三人，可能对第三人有所不利。

其次，我国民事诉讼规则并没有明确规定对抵销抗辩成立与否的判断发生既判力，因此，不同法院对于该问题的处理会不一致，本章第一部分提出的案例中，商丘市中院原一审的判断就与河南省高院的判断不一致，前者认为反债权不成立发生既判力，而后者一开始认为反债权不成立不发生既判力，商丘市中院作出与前诉判决矛盾的判决后，河南省高院又认为反债权不成立发生既判力，撤销了商丘市中院作出的判决，裁定驳回原告的起诉，这导致司法资源的浪费、加重了当事人的诉累和造成矛盾判决的出现。

再次,我国民事诉讼规则虽然对既判力的时间范围作出了规定,但是当事人提出在最后一次言词辩论前可以提出的抵销抗辩时,其是否为既判力所遮断?当事人是否可以行使抵销权来主张执行异议?根据我国《民诉法》二百二十五条^①和《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》(以下简称《意见》)第九条规定^②,被执行人有权在执行过程中主张其对于执行人的债务因抵销而消灭,法院如果认为抵销适状的,抵销足以消灭执行的债权时,法院是否可以认为执行人的债权因抵销而消灭,裁定执行终结?如果允许当事人在执行程序提出其在审判程序原本能够利用的抵销权,对于原告而言,他可能是经过二审终审才获得执行名义,如果允许这种情况发生,就侵害了原告的程序及实体利益;对于审理法院而言,之前的审判工作变成了无用功,因为之后的执行异议否定了判决的执行力。换言之,允许当事人在执行程序中提出原本在最后一次言词辩论前就可以提出的抵销抗辩将会严重损害执行人的利益和确定判决的权威性。若我国民事诉讼法明确以最后一次言词辩论为既判力的基准时,那么被执行人在审判程序原本能够行使的抵销权将不能使用,当事人在本案中行使抵销权的效力被既判力所遮断。换言之,即便其抵销的意思表示到达相对人,抵销也不发生法律效力。但是,因为民法上将权利分为特定利益(内容)^③与法律之力(作用)^④[48],既判力基准时只是遮断了被告反债权法律之力之中的形成权(抵销权),并不遮断反债权法律之力之中的请求权,被告仍可以就抵销的反债权另行起诉原告。

综上所述,确立既判力制度是保证司法实践统一处理诉讼抵销问题的前提条件,是为法官提供权威性判断的法定依据。因此,我国民事诉讼法有必要借鉴德国民诉讼法的既判力理论,明确规定以下内容:

(1) 明确规定生效判决原则上只对诉讼当事人发生效力(既判力主体范围的相对性);

(2) 明确规定生效判决只有判决主文部分发生既判力,即判决关于诉讼标的的判断发生既判力(既判力客观范围的原则规定);作为例外,判决理由部分

^① 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

^② 下列案件,人民法院应当按照执行异议案件予以立案:(五)被执行人以债权消灭、超过申请执行期间或者其他阻止执行的实体事由提出阻止执行的。

^③ 绝对权(如物权)和相对权(如债权)。

^④ 支配权、请求权、抗辩权和形成权。

关于抵销抗辩反债权不存在或因抵销不再存在的判断发生既判力（既判力客观范围的例外规定）。

另外，在认为抵销抗辩是否具有既判力时，需要注意以下三个问题：

第一、主张抵销所基于的反债权要经过实体审理并作出判断。^{[44]242}例如，如果法院认为原告诉之债权不成立，从而判决驳回原告的诉讼请求，此时被告之反债权未经过审理，抵销抗辩不发生既判力。又例如，法院认为被告之反债权不具备抵销适状（反债权未到期或标的物种类不同等），因而驳回其抵销抗辩，虽然此时法院对反债权也有判断，但是并不是从实体上对反债权的成立与否进行判断，所以此时对抵销抗辩的判断不发生既判力；

第二、如果被告在一审中提出抵销抗辩，一审法院认为原告诉之债权成立，被告反债权不存在，此时被告提起上诉，二审法院认为一审原告诉之债权不存在，然后未对被告之反债权进行判断，径行撤销了一审判决，并驳回原告的诉讼请求，那么一审对抵销抗辩的判断不发生既判力；

第三、抵销抗辩发生既判力的数额限于被告主张抵销的数额，且不大于原告诉之债权的数额。例如，甲对乙提起 100 万元的债权之诉，乙提出抵销抗辩反债权的数额为 200 万元，那么当法院认定乙的 200 万元债权不存在时，根据反债权只在抵销数额内发生既判力，即乙的 100 万元债权不存在的判断发生既判力，而对于剩余的 100 万元债权，乙仍然可以另行提起诉讼。或者当法院认定乙的 200 万元债权存在时，乙经过抵销后剩余的 100 万元债权并没有发生既判力，若乙想要得到剩余债权的执行名义，其需另行提起诉讼。

6 结 语

当下司法改革正在如火如荼的进行,延续我国传统的司法思维和注重司法实践十分重要,但是对于我国民事诉讼法而言,保持开放的态度,面向未来构建民事诉讼规则体系也不容忽视。对于诉讼抵销,无论是我国相关的民事诉讼立法的缺失,还是在司法实务中出现的混乱,都应当引起民事诉讼法学者以及立法者的警觉。对于立法的缺失,我们应当在借鉴域外立法的同时,结合我国现行民事诉讼体制进行完善;对于司法实务中的混乱,最高院可以出台相关的指导案例予以统一。

本文从法律性质、诉讼系属、既判力等方面对诉讼抵销涉及的一些程序问题进行了探讨,认为诉讼抵销具有法律行为和诉讼行为的双重性质;对于诉讼抵销的审理方式,本文建议借鉴德国民事诉讼法关于分离审理的规定,在反债权复杂的情况下,对诉之债权发布保留判决,以达到促进诉讼效率的目的。抵销抗辩基于的反债权不发生诉讼系属的效果,但为了防止裁判矛盾,法院应当不允许当事人基于反债权另行起诉或根据已经起诉的债权在另案中提出抵销抗辩。如果反债权涉及仲裁协议或管辖协议,那么法院审理抵销要视具体情况而定;被告应当在最后一次言词辩论结束前提出抵销抗辩,除非抵销适状发生在原审结束后;提出抵销抗辩的当事人承担证明抵销适状的举证责任;督促程序中的抵销抗辩应视为对支付令的异议。在诉讼抵销既判力方面,应明确规定判决理由对于抵销抗辩的判断具有既判力。

笔者仅从法律性质、诉讼系属、既判力等方面对诉讼抵销程序问题进行了探讨,虽然结合了一些司法实践案例,但是本文的研究只是基础性的。对于诉讼抵销,仍有很多问题需要研究,而且欲针对诉讼抵销建立体系化的规则,仍需长期探索,任重而道远。

参考文献

- [1] 高桥宏志, 林剑锋译.民事诉讼法--制度与理论的深层分析 [M].北京: 法律出版社, 2004: 501
- [2] 李木贵.民事诉讼法(下) [M].台北: 元照出版社, 2007: 7-45
- [3] 王利明、崔建远.合同法新论·总则 [M].北京: 中国政法大学出版社, 2000: 551
- [4] 许士宦.民事诉讼法 [M].台北: 台湾新学林出版社, 2011: A-576
- [5] 余延满.合同法原论 [M].武汉: 武汉大学出版社, 1999: 503
- [6] [德] 迪特尔·梅迪库斯, 邵建东译.德国民法总论 [M].北京: 法律出版社, 2013:73
- [7] 朱庆育.民法总论 [M].北京: 北京大学出版社, 2016:518
- [8] 黄立.民法债编总论 [M].北京: 中国政法大学出版社, 2002:704
- [9] [德] 罗森贝克、施瓦布和戈特瓦尔德著, 李大雪译.民事诉讼法下册 [M].北京: 中国法制出版社, 2007
- [10] 陈荣宗、林庆苗.民事诉讼法(中) [M].台北: 台湾三民书局, 2014
- [11] 耿林.诉讼上抵销的性质 [J].清华大学学报(哲学社会科学版), 2004(3): 86
- [12] 李木贵.民事诉讼法(上) [M].台北: 元照出版社, 2007: 6-19
- [13] [德] 奥特马·尧厄尼希, 周翠译.民事诉讼法 [M].北京: 法律出版社, 2003: 240
- [14] 邱新华.诉讼上抵销: 抗辩抑或反诉 [J].司法论坛, 2007(5): 72
- [15] 张卫平.重复诉讼规制研究: 兼论“一事不再理” [J].中国法学, 2015(2): 61
- [16] 房保国.论反诉 [J].比较法研究, 2002(4): 77
- [17] 黄勤武.超过诉讼时效的债权可以行使抵销权 [J].人民司法(案例), 2011(4): 35
- [18] 廖军、解春.抵销与反诉 [J].比较法研究, 2005(1): 57
- [19] 陈桂明、李仕春.论诉讼上的抵销 [J].法学研究, 2005(5): 58-59

- [20] [德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克, 周翠译. 德国民事诉讼法基础教程 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005
- [21] 张卫平. 民事诉讼: 回归原点的思考 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 326
- [22] 江伟. 民事诉讼法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 22
- [23] 刘学在. 论诉讼中的抵销 (上) [J]. 法学评论, 2003 (3): 61
- [24] 张艳丽. 试析民事诉讼中的抵销制度 [J]. 中国法学, 1992 (5): 101
- [25] 杨建华、郑杰夫. 民事诉讼法要论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 202-204
- [26] 曹鸿兰等. 诉讼上抵销与诉讼系属之问题 [C]. 张特生. 民事诉讼法之研讨 (五) [M]. 台北: 台湾三民书局, 1996: 371
- [27] 周翠. 协议管辖问题研究——对《民事诉讼法》第 34 条和第 127 条第 2 款的解释 [J]. 中外法学, 2014 (2): 462-463
- [28] 陈刚. 论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设 [J]. 中国法学, 2014 (5): 211-214
- [29] 周翠. 再论督促程序电子化改革的重点 [J]. 当代法学, 2016 (6): 113
- [30] 刘学在. 论诉讼中的抵销 (下) [J]. 法学评论, 2003 (4): 52
- [31] 张卫平. 民事诉讼法 [M]. 北京: 法律出版社, 2015: 395
- [32] 翁晓斌. 既判力: 理论解读与探讨 [J]. 南京大学法律评论, 2002 (秋季号)
- [33] 张卫平. 既判力相对性原则: 根据、例外与制度化 [J]. 法学研究, 2015 (1): 83
- [34] 王亚新. 民事诉讼的裁判: 形式与效力 [J]. 贵州民族大学学报 (哲学社会科学版), 2016 (4): 142
- [35] 任重. 论中国民事诉讼的理论共识 [J]. 当代法学, 2016 (3): 46
- [36] 林剑锋. 既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍 [J]. 现代法学, 2016 (1): 137
- [37] 王静. 法院对抵销抗辩的认定具有既判力 [J]. 人民司法 (案例), 2014 (2): 58-59
- [38] 丁启明译. 德国民事诉讼法 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2016: 79
- [39] 谢怀栻译. 德意志联邦共和国民事诉讼法 [M]. 北京: 中国法制出版社,

2001: 80

- [40] [日] 新堂幸司, 林剑锋译.新民事诉讼法 [M].北京: 法律出版社, 2008: 495
- [41] 翁晓斌.论已决事实的预决效力 [J].中国法学, 2006 (4): 183
- [42] 杜景林、卢湛译.德国民法典 [M].北京: 中国政法大学出版社, 2014: 100
- [43] 米夏埃尔·施蒂尔纳编, 赵秀举译.德国民事诉讼法学文萃 [M].北京: 中国政法大学出版社, 2001: 334
- [44] 姜世明.民事诉讼法基础论 [M].台北: 元照出版社, 2015
- [45] 陈杭平.诉讼标的理论的新范式--“相对化”与我国民事审判实务 [J].法学研究, 2016 (4): 173
- [46] [美] 理查德·D·弗里尔, 张利民、孙国平、赵艳敏译.美国民事诉讼法 [M].北京: 商务印书馆, 2013: 662
- [47] 肖建华、唐玉富.抵销诉讼及其判决的效力 [J].政法论丛, 2005 (6): 64
- [48] 王泽鉴.民法总则 [M].北京: 北京大学出版社, 2009: 96

作者简历

盛温唯，男，1993 年 2 月 23 日出生，籍贯浙江省永嘉县。

学习经历：2011 年 9 月至 2015 年 6 月，就读于中国计量学院法学院；

2015 年 9 月至 2017 年 6 月，就读于浙江大学光华法学院。