

# 重复诉讼禁止及其在 知识产权民事纠纷中的应用

——基本概念解析、重塑与案例群形成

卜元石\*

---

内容提要：《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》第247条是中国法中首次对重复诉讼禁止作出明文规定的一个尝试。由于该条所使用的关键术语——诉讼标的与诉讼请求——的含义不够确定，所以易于导致法律适用的不统一。解决这一问题的途径在于首先明确这两个概念的含义。针对诉讼标的，可以延续中国民事诉讼法所一贯遵循的旧实体法说，但应明确案件事实在识别诉讼标的的过程中所发挥的作用。针对诉讼请求，则有必要确立一个不因诉讼标的理论的不同而变化的、恒定的诉讼请求概念。在此基础上，把民事诉讼法关于重复诉讼禁止的一般理论运用到知识产权民事纠纷之中，可以根据司法实践总结出若干案例群，并对法院的处理方式提出相应的解决方案。

关键词：诉讼标的 诉讼请求 一事不再理 既判力 知识产权民事诉讼

---

## 一、问题的提出

在中国法的语境中，重复诉讼是指就同一事项前诉尚处于诉讼系属之中，或者前诉判决已经产生既判力，一方当事人提起后诉。在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号，以下称“民诉法解释”）颁布之前，根据学术通说，在上述两种情况中都至少要求前、后两个诉讼中的当事人与诉讼标的一致。<sup>〔1〕</sup>在“民诉法解释”颁布后，重复诉讼的识别标准增加了一项，即把前、后诉的诉讼请求之间的关系一并列入考察范围。根据“民诉法解释”第247条的规定，“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。当事人重复起诉的，裁定不予受理；

---

\* 德国弗莱堡大学法律系教授。

〔1〕 参见段文波《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页；柯阳友：《也论民事诉讼中的禁止重复起诉》，《法学评论》2013年第5期，第142页。

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。”

通过对现有公开的法院判决进行检索可以发现，在中国司法实践中存在为数不少的涉及重复诉讼的案件，大部分案件案情比较复杂，常常牵涉多个当事人、多次诉讼，各个审级法院在判断是否构成重复诉讼时也经常意见不一。<sup>(2)</sup>其中，判断标准不一致是一个比较突出的问题。从统一司法实践的角度来看，“民诉法解释”第247条第一次对重复诉讼作出明文规定，值得称道。从学术界到目前为止的反应来看，在对这条规定的积极意义予以肯定的同时，也不乏一些批评的声音。<sup>(3)</sup>究其原因，主要是就“民诉法解释”第247条中所使用的包括“诉讼请求”及“诉讼标的”在内的几个关键概念的含义还存在争议。尽管学界与实务界对于诉讼标的的研究都尚存质疑，<sup>(4)</sup>但自2014年以来针对诉讼标的及其相关制度的讨论却也逐渐密集起来。<sup>(5)</sup>不过，就相关概念的具体含义，学界仍未形成一致的观点，实践中的理解也各不相同，这无疑阻碍了“民诉法解释”第247条的统一适用及对重复诉讼的规制。笔者认为，以现有研究与法院判决为基础，要破解重复诉讼禁止适用中的问题，必须要从诉讼标的、诉讼请求、既判力这些基本概念入手，而其中的突破口是诉讼请求。之所以这样说，是因为诉讼请求的不确定性，直接导致诉讼标的理论停滞不前，进而使得既判力理论的发展也受到牵连。<sup>(6)</sup>而解决诉讼标的、既判力理论的分歧，究其根本必须要对诉讼请求、案件事实、判决理由在确定诉讼标的中的功能形成基本共识。

面对针对诉讼标的研究的质疑，不能否认域外众多学说的纷争在一定程度上干扰、阻碍了中国自己理论的形成，但不能因此而放弃“诉讼标的理论本土化”<sup>(7)</sup>的努力，因为“今后的诉讼实践中诉讼标的……必然成为民事诉讼中最重要的概念，并且加以运用，成为极具实用性的分析工具”。<sup>(8)</sup>目前学界在借鉴域外民事诉讼理论时，有时会发生对外国的诉讼实践未加以充分考虑的情况，存在对外国理论的误读或片面理解等问题，有时又疏于联系中国的国情，导致理论研究的“玄虚化”，<sup>(9)</sup>因而未能充分发挥其指导中国司法实践的

(2) 在万律与北大法宝数据库中，截至2016年10月20日，仅最高人民法院审理的涉及重复诉讼的案件数量就分别为104件和122件。在中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)中，截至2017年4月7日，最高人民法院审理的涉及重复诉讼的案件数量为184件。

(3) 参见张卫平《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页以下；严仁群《既判力客观范围之新进展》，《中外法学》2017年第2期，第539页以下。

(4) 主要体现在吴英姿《诉讼标的理论“内卷化”批判》，《中国法学》2011年第2期，第177页以下；实践部门的态度参见林剑锋《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》，《现代法学》2016年第1期，第140页；夏永全《论责任竞合案件中的诉讼请求——兼评2012年〈民事诉讼法〉中的若干规定》，《甘肃政法学院学报》2013年第5期，第109页。

(5) 比如陈杭平《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，《法学研究》2016年第4期，第170页以下；郝伟明《论诉讼标的与请求权规范之竞合——以旧诉讼标的理论的两岸实践为视点》，《法商研究》2016年第3期，第102页以下；张卫平《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，《法学研究》2015年第1期，第68页以下；王亚新《诉讼程序中的实体形成》，《当代法学》2014年第6期，第140页以下；王亚新《第三人参与诉讼的制度框架与程序操作》，《当代法学》2015年第2期，第146页以下；王亚新、陈晓彤《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条和第247条解析》，《华东政法大学学报》2015年第6期，第6页以下；李浩《不当得利与民间借贷的交集——诉讼实务中一个值得关注的问题》，《清华法学》2015年第1期，第145页以下。

(6) 参见许尚豪、欧元捷《诉讼请求变更的理念与实践——以诉讼请求变更原因的类型化为切入点》，《法律科学》2015年第3期，第113页。

(7) 严仁群《诉讼标的之本土路径》，《法学研究》2013年第3期，第91页。

(8) 前引〔3〕，张卫平文，第58页。

(9) 前引〔4〕，林剑峰文，第140页。

功能。加之中国民事诉讼法虽然通常使用的是大陆法系的概念体系，但概念含义却常常与其他国家存在差异，也导致学术讨论在与域外理论对接的过程中出现偏差。即便在纯粹的中国语境中，相关讨论也尚未建立在基本概念含义固定的基础上。因此，解决“民诉法解释”第247条对重复诉讼规制中的问题，首先必须厘清相关基本概念。在此过程中，本文将采用法解释学与比较法学方法，并参考相关案例，其中包括“民诉法解释”出台后产生的新判决，也包括现有文献中已经讨论过的案例，以增强学术观点的互动与回应。

在对第247条进行逐项解析的基础上，本文试图将其运用到知识产权民事诉讼领域。之所以选择知识产权民事诉讼作为研究对象，是因为重复诉讼虽然在各类民事纠纷中都可能出现，但是在知识产权侵权案件中发生的可能性更大。一方面，无论是著作权、商标权还是专利权，权利人均被赋予多项权能，可以控制复制、生产、销售等各个领域，而这些权能可以同时被同一侵权人侵害，直接引起权利人是否可以分别起诉的问题。此外，多人侵权在知识产权领域也是一个常见问题。另一方面，知识产权侵权的持续性，也导致在一次判决后被侵权人再次起诉的必要。加之知识产权保护在一定程度上与反不正当竞争法重叠，也使得权利人能够基于不同法律规定就同一侵权行为分别提起诉讼。最后，因为这一问题的学科交叉性，所以无论在民事诉讼法学界还是知识产权法学界都尚未获得特别关注。<sup>(10)</sup>

需要附带指出的是，从立法技术的角度看，“民诉法解释”第247条也许是一个孤例。至少我们通常所引用的德、日、美、欧盟等法律对于重复诉讼的规制，一般都对前诉尚未完结与前诉判决已经产生既判力的情况区别对待，没有把两种情形糅合为一个法律条文的处理方式。<sup>(11)</sup>此外，从已有文献来看，重复诉讼一词在中国法中虽然常用，但作为专有名词在除日本以外的其他法域中并未固定化。即便在日本法中（日本民事诉讼法第142条），重复诉讼（二重诉讼）也仅指前诉仍在诉讼系属中又提起后诉的情形。<sup>(12)</sup>如果前诉判决已经发生既判力，禁止再次起诉的依据是既判力的遮断效，而不是重复诉讼禁止。值得注意的是，重复诉讼一般仅指在一个国家内发生的反复诉讼的情况，在国际民事诉讼法中相关的通用概念为平行诉讼，其判断标准涉及到两个以上国家的民事诉讼法以及国际条约，不能适用国内对多次诉讼的规制。<sup>(13)</sup>

因此，从比较法的视角就会提出这样的问题：一是，中国法中合二为一的重复诉讼概念是如何形成的；二是，为何其他国家对于重复诉讼概念的两种情形区别对待。针对第一个问题，可以初步断定，具有双重含义的重复诉讼概念恰恰是通过“民诉法解释”第247条得以确立的。因为，在此之前的文献中对于重复诉讼概念的认识都比较接近日本法，内容上不包括前诉产生既判力的情形。<sup>(14)</sup>而“民诉法解释”第247条之所以采纳了一个范围广泛的重复诉讼概念，有学者认为是考虑到中国审判人员对于既判力的概念不熟悉，把第二重含义也纳入

(10) 在“民诉法解释”颁布前，在中国知网上仅有个别短文探讨这一问题。见张利锋《论重复诉讼的法律治理——以知识产权重复诉讼为例》，《北京政法职业学院学报》2014年第3期，第55页以下。

(11) 但源于拉丁语的“一事不再理”，在既判力的概念确立之前，同样包含双重含义。见前引〔3〕，张卫平文，第46页以下（尤其是对“一事不再理”的制度渊源进行了详细介绍）。中国的司法实践中，“一事不再理”作为重复诉讼禁止的同义词仍然被广泛地使用于民、刑和行政法等各个部门法之中。

(12) 参见前引〔1〕，段文波文，第83页；前引〔1〕，柯阳友文，第140页。

(13) 参见李双元、欧福永《国际私法》，北京大学出版社2015年版，第372页。

(14) 参见前引〔1〕，段文波文，第74页；前引〔1〕，柯阳友文，第141页。

重复诉讼之中,是一种“符合我国的司法国情与审判实践的做法”。<sup>(15)</sup>笔者认为,也可能是因为诉讼系属一词在民事诉讼法中应用很少,且无明文配套法规,而两种重复诉讼至少在外形上非常相似,所以合并规制看似顺理成章。针对第二个问题,可以认为,具有双重意义的重复诉讼所涉及的民事诉讼法的基本范畴是不同的。第一重意义是诉讼系属阻碍效应的体现,第二重意义涉及的则是既判力的消极效力。虽然诉讼系属与既判力都与诉讼标的相关,但其所依据的法理并不相同,两重意义的适用前提无法统一处理,因此其他国家采取对两种情形作区别处理的做法。如果勉强作统一处理,就有可能出现适用困难的情况。

## 二、“民诉法解释”第247条适用前提概要

### (一) 当事人一致

“民诉法解释”第247条意义上的重复诉讼,要求当事人、诉讼标的以及诉讼请求原则上一致。对于什么情况下前、后诉当事人一致的问题,目前学术观点比较接近,<sup>(16)</sup>本文不再详述。这方面唯一争议比较大的即为涉及到第三人时的情形。根据最高人民法院的解读,原则上具有独立请求权的第三人参加了前诉的以及独立参加前诉的无独立请求权第三人,无论以何种角色,只要参与后诉,就满足当事人一致的前提。<sup>(17)</sup>这里所谓的“独立参加前诉的无独立请求权第三人”在文献中被解释为“被前诉判决判令承担责任的无独立请求权第三人”。<sup>(18)</sup>这一观点值得赞同,因为只有当第三人出现在判决主文部分时才能为既判力的主观范围所覆盖,当第三人仅仅参加前诉,但并未在判决主文中出现时,对涉及该人的权利义务关系实际上还未作出司法判断,当然应该允许其再诉。此外,还可能出现最高院没有提及的相反情形,即原告在第一个诉讼中起诉两个被告,在第二个诉讼中同一原告将其中一个被告列为第三人,此时前、后诉当事人是否仍然一致?原则上可以认为答案是肯定的,这样也可以防止通过改变当事人在诉讼中的角色来规避重复诉讼禁止的问题。考虑到中国法中存在不承认既判力主观相对性的倾向,导致判决的既判力可以不受限制地及于当事人以外的所有第三人,<sup>(19)</sup>因此在认定重复诉讼还是允许另行起诉的问题上,应该慎重,有疑义时,从保护诉权的角度出发应尽量支持另诉。

### (二) 诉讼标的一致

在关于诉讼标的的众多理论中,通常认为中国目前遵循的是旧实体法说,而且这也被认为是与当下中国司法部门的实际状况最为契合的选择。<sup>(20)</sup>但同时,相应的立法、司法实

(15) 夏璇《论民事重复起诉的识别及规制——对〈关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释〉第247条的解析》,《法律科学》2016年第2期,第170页。

(16) 参见前引〔5〕,王亚新等文,第12页;沈德咏编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第635页;前引〔3〕,张卫平文,第46页以下;前引〔1〕,段文波文,第74页。不同观点参见吴恒《“规范二分化”下的一事不再理:基于程序安定的考量》,《北京工业大学学报(社会科学版)》2015年第2期,第44页。

(17) 参见前引〔16〕,沈德咏编书,第634页。

(18) 参见前引〔5〕,王亚新等文,第12页。

(19) 参见前引〔4〕,林剑锋文,第130页;吴泽勇《第三人撤销之诉的原告适格》,《法学研究》2014年第3期,第156页。

(20) 参见前引〔5〕,李浩文,第150页;前引〔16〕,沈德咏编书,第635页;王娣、钦骏《民事诉讼标的理论的再构筑》,《政法论坛》2005年第2期,第179页;前引〔7〕,严仁群文,第92页,第106页。

践与学术观点却并不完全支持这一看法,更为关键的是对于旧实体法说内容的理解也不尽相同。旧实体法说的原义,是以实体法上的请求权作为诉讼标的的识别标准,<sup>(21)</sup>但在中国,有观点认为在旧实体法说中,诉讼标的是实体法上的法律关系。<sup>(22)</sup>也有学者认为,二者之间没有区别。<sup>(23)</sup>另有学者将这两种观点分别称为“传统旧说”(实体法上的请求权)与“国内旧说”(实体法上的法律关系),并指出二者在个案中的区别。<sup>(24)</sup>一个法律关系通常可以产生多个请求权,如果认定诉讼标的的识别标准是实体法律关系,那么一个法律关系产生的所有请求权必须集中诉讼,如果诉讼标的的识别标准是实体法上的请求权,那么就各个请求权可以分别诉讼,因此识别标准是法律关系还是请求权当然还是有区别的。<sup>(25)</sup>在现有司法实践中,法院一般不会明确指出是根据哪种理论得出两个诉讼的标的不同。在“民诉法解释”颁布后,笔者仅在一个最高人民法院的判决中发现了对于诉讼标的的内容的阐述。在这一判决中,诉讼标的被解释为“法律关系”+“法律事实”,请求权、诉讼理由并不被看作诉讼标的的识别标准。<sup>(26)</sup>所以,中国的旧实体法说似以实体法上的法律关系为诉讼标的的识别标准,从“国内旧说”。

在至今为止针对诉讼标的的讨论中,所持观点大体可分为支持旧实体法说与诉讼法二分肢说(诉讼标的=诉讼请求+法律事实),最新的学说试图引入弹性理论,主张视情形不同而适用不同的诉讼标的理论。<sup>(27)</sup>但如果论及最近几年的讨论到底何处有所突破,可以认为是关于法律事实(案件事实)在诉讼标的的确定中的关键作用更为清晰地浮出水面。<sup>(28)</sup>本文赞同在就诉讼标的的争论了二十年之久后迫切需要形成基本共识的观点,以保障法律适用的可预见性。<sup>(29)</sup>“民诉法解释”第247条把诉讼请求从诉讼标的的概念中剥离出来,因此从文义解释出发“民诉法解释”所遵循的诉讼标的理论不可能是二分肢说,只可能是旧实体法说。如果承认这一点,接下来就必须明确在这一语境中旧实体法说的具体内容。结合上引最高院的判决,认为“诉讼标的”=“法律关系”+“法律事实”不失为一种可行的做法。而且,这样可以明确案件事实在确定诉讼标的中所发挥的作用。当然,这里会产生新的疑问,即“法律关系”与“法律事实”如何界分,二者之间是否存在重叠。就“法律事实”而言,建议可以作与二分肢说相同的理解,而“法律关系”则将“法律事实”作进一步的界定或分割,在这种意义上两个概念没有重叠。具体说来,可能会出现前、后诉“法律关系”相同,但“法律事实”不一致的情形,如基于同一投资合同的不同条款先后起

(21) 参见前引〔7〕,严仁群文,第100页。

(22) 参见前引〔1〕,段文波文,第82页;刘君博《第三人撤销之诉原告适格问题研究》,《中外法学》2014年第1期,第246页;前引〔7〕,严仁群文,第93页;王亚新《诉讼程序中的实体形成》,《当代法学》2014年第6期,第145页。

(23) 参见前引〔15〕,夏璇文,第169页。

(24) 前引〔3〕,严仁群文,第546页以下(但该文认为在确认之诉中传统旧说同样以法律关系来定义诉讼标的)。

(25) 参见任重《论中国民事诉讼的理论共识》,《当代法学》2016年第3期,第43页(从双务合同角度对此作出了详细阐述)。

(26) 参见“青岛中金实业股份有限公司与中铁置业集团有限公司投资合作协议纠纷案”,最高人民法院(2013)民二终字第93-1号。

(27) 参见前引〔5〕,陈杭平文,第188页。

(28) 参见前引〔5〕,陈杭平文,第173页;前引〔22〕,王亚新文,第145页;曹云吉《论裁判生效后之新事实》,《甘肃政法学院学报》2016年第3期,第108页(认为我国对于诉讼标的的识别标准其实为“案件”与“法律关系”并行,导致事实在一定程度丧失了确定诉讼标的的作用)。

(29) 参见刘哲玮《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》,《当代法学》2016年第3期,第25页。

诉,法律关系都是投资合作关系,但“法律事实”前后有别。或者出现“法律事实”相同,但“法律关系”不同的情形,比如在同一借款纠纷中,“法律事实”相同,但“法律关系”可以是借款合同,也可以是不当得利。二者结合的结果,实际上进一步缩小了诉讼标的单元,使之既小于以实体法律关系为判断标准的“国内旧说”,也小于二分肢说。比如在以上的两个例子中,第一个根据“国内旧说”,因为法律关系相同,两个诉讼的诉讼标的一致,而根据二分肢说则应为法律事实不同,所以会认为诉讼标的不同;第二个根据“国内旧说”,因为法律关系不同可以认为诉讼标的不同,而根据二分肢说则诉讼标的一致,因为法律事实相同。

### (三) 后诉与前诉的诉讼请求相同或者实质上相反

在具体讨论重复诉讼的第三个前提之前,有必要深究诉讼请求这一概念。诉讼请求这一概念在现行民事诉讼法中被多处使用,但其涵义并不明确,存在多种解读的可能。<sup>(30)</sup> 因此目前,诉讼请求在学者眼中不是一个含义固定的概念,而是随着诉讼标的所采纳理论的不同其内容不断变化的一个概念,而诉讼标的的识别反过来又受到诉讼请求概念的影响,最终导致这两个概念互为彼此的变动参数,都无法准确定义,而且因为术语使用不一致,导致不同学说之间的沟通很难进行。只有认识到这一点,才能跳出现有对诉讼标的与诉讼请求之间关系讨论的固有思路。在“民诉法解释”颁布后不久,就有学者认为其第247条把诉讼请求作为重复诉讼的第三个前提完全没有必要甚至是错误的,因为诉讼请求是诉讼标的的一个上位概念,包括诉讼标的,把诉讼标的与诉讼请求并列为重复诉讼的两个前提,会造成理论与实践中的认识混乱。<sup>(31)</sup>

在清理诉讼标的与诉讼请求的关系时,应该明确原告陈述的事实、法律依据是否构成诉讼请求的内容。如前文所述,如果把案件事实划归为诉讼标的的组成部分,那么事实就不可能同时构成诉讼请求的内容。从民事诉讼法第109条出发,同样可以认为诉讼请求不包括事实与理由,因为根据该条规定,起诉的前提条件包括“有具体的诉讼请求和事实、理由”。这种不包含实体法律根据的诉讼请求被称为抽象请求。无论根据哪种诉讼标的理论,法院在法律适用的问题上完全自由,不受原告在起诉状中所主张的法律依据的限制,因为在适用法律的问题上并不适用辩论原则。<sup>(32)</sup> 因此法律依据也不是诉讼请求的内容。

因此,本文赞同其他学者的观点,诉讼请求概念应与诉讼标的理论相脱离,并作为与诉讼理由、事实相并列但不包含二者的一个概念而存在。<sup>(33)</sup> 确立这种意义上的诉讼请求,

(30) 如果对现有学术观点进行梳理,至少可以发现下述六种解释: 1. 前引〔4〕,夏永全文认为诉讼请求只是诉的目的(见第111页); 2. 前引〔7〕,严仁群文认为诉讼请求有时指代诉的声明,有时则不是(见第95页); 3. 前引〔20〕,王娣等文认为我国民法中诉讼标的有时指代争议的民事法律关系,有时指代的是诉讼请求(见第179页); 4. 程春华在《论民事诉讼中诉讼标的与诉讼请求之关系——兼论法官对诉讼请求变更及诉讼标的的释明权之行使》(《法律适用》2014年第5期)一文中认为,给付之诉的标的是诉讼请求,不包括请求理由,识别标准为发生给付请求的具体事件或行为,而确认之诉与变更之诉的标的一样为诉讼请求,识别标准是有争议的实体法律关系(见第64页); 5. 毕玉谦在《诉的变更之基本架构及对现行法的改造》(《法学研究》2006年第2期)一文中认为,诉讼请求包括诉的声明与请求原因事实两个部分(见第23页); 6. 占善刚在《主张的具体化研究》(《法学研究》2010年第2期)一文中认为,主张的具体化仅仅是要求诉讼请求具体化(见第110页以下)。

(31) 参见前引〔15〕,夏璇文,第173页;前引〔3〕,张卫平文,第57页;前引〔25〕,任重文,第44页。

(32) 参见曹志勋《起诉中断诉讼时效规则的理论展开》,《当代法学》2014年第6期,第117页。

(33) 参见周翠《现代民事诉讼义务体系的构建——以法官与当事人在事实阐明上的责任承担为中心》,《法学家》2012年第3期,第125页;江伟、段厚省《请求权竞合与诉讼标的理论之关系重述》,《法学家》2003年第4期,第79页;前引〔3〕,张卫平文,第56页。

要求原告起诉时也必须把诉讼请求与诉讼理由区分开来。<sup>(34)</sup>而这这就要求以此为依据,对起诉书进行必要的内容与格式上的规范化。<sup>(35)</sup>在澄清了诉讼请求的概念后,可以看到“民法解释”第247条第3项涉及的是两种情形:一是前、后诉的诉讼请求相同,二是前、后诉的诉讼请求相反。诉讼请求相同的情形比较容易判断,分歧比较大的当然是在何种情形下,后诉的诉讼请求实质否定前诉的裁判结果。这里主要的问题是如何理解“裁判结果”与“实质否定”两个关键词。

首先,什么是“实质否定”。这里应该包括逻辑上完全相反、相抵触的情形。至于什么情况下这个前提能够满足,只能在个案中作出判断。

其次,从文义解释的角度,可以认为既然文本的表述使用的词汇是“裁判结果”,那么可以推定,适用这一前提时要求前诉已经产生了判决,而且该判决已经产生了既判力。因为如果前诉未形成判决,那就无法判断后诉是否会与前诉的裁判结果发生冲突。而如果前诉未发生既判力,败诉一方原则上可以通过上诉来撤销不利判决。此时,诉讼事项就再次进入诉讼系属之中,从而转化为重复诉讼的第一种情况。但如果把“后诉诉讼请求实质否定前诉裁判结果”的适用范围限定在前诉判决已产生既判力的情况,又如何处理在前诉尚未终结时,被告通过反诉或提起新的诉讼主张与本诉、前诉相抵触的诉讼请求的情形呢?比如,原告A请求确认自己对某物享有所有权,在前诉尚未终结前,被告B提起新的诉讼请求确认A对该物不享有所有权,此时B的诉讼是否构成了重复诉讼?

本文认为,回答这一问题首先必须摆脱文义解释的束缚,认定第247条在此种情况仍然适用,进而要求在前诉进行过程中,被告如果完全否定原告的诉讼请求,只可以通过提出抗辩的方式来进行,而不能提起新的诉讼或是反诉。<sup>(36)</sup>德国法中对这种情况可以通过诉讼系属的阻碍效来解决。<sup>(37)</sup>因此,如果意欲“民法解释”第247条也可以规制前诉还在进行中的诉讼请求相矛盾的情形,可以通过漏洞填补的补充性解释,即把第247条理解为“后诉诉讼请求实质否定了前诉诉讼请求或前诉裁判结果”。

最后,需要进一步考察这里的裁判结果是否仅包括判决主文。从表述来看,指代的仅为判决的主文,判决理由与事实认定应该是不包含在内的。但在中国法的语境中,事实认定的拘束力问题从既判力客观范围的问题中独立了出来,并以“预决效力”这一术语加以描述。但从目的解释的角度,这导致事实认定、法律问题的判断及裁判理由的既判力问题模糊不清。如果认定实质否定的仅限于判决主文,就会发现这样的案件非常罕见,在现有资料中,可以整理出这样的案件类型:(1) 甲诉乙支付货款,胜诉,后诉中乙以前诉计算错误要求甲返还货款的一部分。<sup>(38)</sup>(2) 甲先依买卖合同要求乙支付价款,胜诉后乙就同一

(34) 比如,严格地说,原告不能请求法院确认“原告因为买卖合同无效而无需向被告支付价款”。如果原告想达到确认合同无效的目的,应该提起两项诉讼请求,一项为确认为合同无效,一项为确认原告无需支付价款。

(35) 参见前引〔4〕,林剑锋文,第140页。

(36) 具体参见前引〔22〕,王亚新文,第148页。

(37) 诉讼系属的阻碍效力既包括同一诉讼标的,也包括与其完全相反的标的(Hess, Zivilprozessrecht: ein Studienbuch, 30. Aufl., 2011, § 40 II Rn. 10)。当然,在前例中,也可以通过否定B的确认利益的方法来解决(Adolphsen, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 2016, § 8 Rn. 73)。

(38) 参见“营口同兴矿业有限公司与营口市矿山物资有限责任公司、营口煤电热力物资有限责任公司买卖合同纠纷申请再审案”,最高人民法院(2014)民申字第486号。此案中,涉案两个被告实为一个。

事实依承揽合同要求返还价款。<sup>(39)</sup> (3) 甲诉乙侵害股权, 胜诉, 乙就同一事实要求确认甲并非真正股东。<sup>(40)</sup> (4) 甲诉乙返还借款, 胜诉, 乙就同一事实以重大误解为由要求撤销合同、返还多付价款。<sup>(41)</sup>

但是, 在文献中提及的前、后诉发生矛盾的大部分情形, 都是涉及判决理由的拘束力问题。比如, 甲诉乙支付工程款, 而乙根据同一合同另诉甲要求赔偿损失, 是否构成重复诉讼?<sup>(42)</sup> 原告以重大误解为由要求撤销合同, 败诉, 后再以恶意串通请求确认合同无效, 是否构成重复诉讼?<sup>(43)</sup> 或者, 前诉甲要求乙依据某法律关系进行给付, 胜诉, 乙又诉甲请求确认该法律关系无效,<sup>(44)</sup> 或乙诉甲违约要求解除合同。<sup>(45)</sup>

因此在判断实质否定的问题时, 如何处理前诉判决中事实认定、法律判断的拘束力就成为确定第 247 条适用范围的一个关键。这里必须要回到“民诉法解释”第 93 条第 5 项的表述, 当事人无须证明的事项包括“已为人民法院发生法律效力判决所确认的事实”。有学者将其拓宽为前诉判决可能对后诉发挥的、非既判力的影响与作用。换言之, 在这种宽泛意义上理解的预决效力既包括事实的确认, 也包括法律问题的判断, 以及对事实法律属性的定性。<sup>(46)</sup> 未对事实问题与法律问题进行明确区分, 常常把法律问题作为事实问题来看待的做法, 是广泛存在的。<sup>(47)</sup> 这种理解与司法实践对于预决效力的运用是一致的, 但是并不为文义解释所支持, 而且导致虽然学界一般不承认判决理由的拘束力,<sup>(48)</sup> 但把事实问题与法律问题糅合在一起, 在效果上就是使判决理由发生既判力。

大陆法系中德、日传统的理论, 一般不承认判决主文以外部分的既判力。判决主文中不能出现事实认定或者判决理由, 如果当事人希望判决理由产生既判力, 则应该在起诉时提出相应的确认请求, 否则违背辩论原则。比如, 不能出现“被告向原告返还借款 × × 元”的判决。在中国的诉讼文化中, 存在迂回承认判决理由的约束力的倾向, 甚至在当事人未

(39) 这是典型的后诉请求实质否定前诉结果, 而且前后诉的标的是一致的情形, 因为依据的是一个事实。至于原、被告对于这一事实的法律定性不同, 并不影响诉讼标的, 因为这里是一种非此即彼的关系, 甲和乙的法律关系或是买卖, 或是承揽, 但不可能二者兼有之, 所以不应当认为两案的诉讼标的不同。类似意见参见前引〔5〕, 王亚新等文, 第 14 页 (认为“不过给实质同一的法律关系贴上不同标签而已”)。

(40) 案例源于前引〔5〕, 王亚新等文, 第 14 页 (把实质否定局限在生活或纠纷事实同一的前提下, 迂回解决了诉讼标的不同的难题)。在该案中, 当然也可以认为是否为股东是一个先决问题, 因此否定将此案例界定为存在后诉诉讼请求否定前诉裁判结果的情形。

(41) 参见“海南金泓房地产开发有限公司与王月香、王三明、许家菲股权转让纠纷案”, 最高人民法院 (2015) 民申字第 1551 号。此案中, 虽然王月香等主张的法律关系与金泓公司主张的法律关系不同, 但法院只认可了一个法律关系, 而且认为金泓公司在前诉中未抗辩也未反诉, 所以不得另行起诉。

(42) 案例源于前引〔7〕, 严仁群文, 第 94 页。

(43) 参见前引〔22〕, 王亚新文, 第 148 页 (认为构成了重复诉讼, 因为前后两诉均主张同一法律关系不存在)。

(44) 参见前引〔16〕, 沈德咏编书, 第 635 页; 段文波《预决力批判与事实性证明效展开: 已决事实效力论》, 《法律科学》2015 年第 5 期, 第 111 页。

(45) 参见前引〔22〕, 王亚新文, 第 147 页。上述案例部分可以通过同一当事人间的事实排除效来解决, 参见曹志勋《反思事实预决效力》, 《现代法学》2015 年第 1 期, 第 135 页。

(46) 参见前引〔5〕, 王亚新等文, 第 10 页。因此, “事实预决效力的问题可以归入前诉裁判理由对后诉的影响” (参见前引〔45〕, 曹志勋文, 第 131 页), 是非常准确的一个判断。

(47) 比如, 前引〔5〕, 王亚新等文曾提及一起外嫁女案 (见第 16 页)。笔者认为一方当事人是否为某集体成员, 实际上是一个法律问题, 而非事实问题, 更为准确地说在该案中是判决的一个先决问题。

(48) 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; 朱兴有、郑斌锋:《诉的合并与诉讼请求的合并之界定》, 《西南民族学院学报 (哲学社会科学版)》2002 年第 8 期, 第 80 页。



请求的情况下,把判决理由放入主文。此外,目前中国在诉讼标的问题的处理上有很大的随意性,体现在无论是当事人的诉讼行为还是法院的诉讼实践,都未严格遵循辩论原则,导致判决有时超出诉讼请求,有时又对已主张的诉讼请求不作完全裁决。比如,当事人要求确认合同有效,进而要求继续履行,法院只是判决继续履行,这时又必须对判决进行扩张性解释。所以,不排除对第247条第3项的扩张性解释,即把后诉主张与前诉判决理由相矛盾的情形认为是重复诉讼,最高人民法院的判决中也不乏这样的例子。<sup>(49)</sup>此时,前诉是否形成了实体判决,也是考量的因素之一。<sup>(50)</sup>

### 三、重复诉讼禁止在知识产权民事诉讼中的应用

知识产权领域的重复诉讼既包括重复民事诉讼,也包括重复行政诉讼。特别是在知识产权行政确权程序中,重复诉讼也是一个讨论得比较多的问题。<sup>(51)</sup>但行政诉讼与民事诉讼的原理并不完全相同,“一事”的定义有很大差别,<sup>(52)</sup>不具备可比性,因此本文将其排除在外。知识产权领域的重复民事诉讼问题比较突出,在“民诉法解释”出台后,就必须援引第247条对其进行规制。参考现有研究,可以总结归纳出下面的案例群:

#### (一) 多项权利被侵害

知识产权法律保护的一个特色是权利人均被赋予多项权能。著作权人享有多项人身权利与财产权利,而商标权人与专利权人的绝对权利包括制造权、销售权、许诺销售权、进口权等。因此,一个侵权行为完全有可能侵害了多项权利。比如,某人既为某书的主编又为其中一章的作者,现该汇编作品被他人未经许可上传至互联网上,该人是否可分别以侵犯汇编作品著作权与单章著作权提起两次诉讼?<sup>(53)</sup>这里虽然只存在一个侵权行为,即上传作品,但同一原告作为主编的权利与作为该汇编作品中某一章节作者的权利是不同的,被侵权的客体不同,所以针对每个权利单独诉讼,诉讼标的也不相同,根据“民诉法解释”第247条,原则上不存在重复诉讼。

在专利侵权中,专利的不同技术特征被侵害时是否可以分别诉讼的问题,需要从考察技术特征的交叉与从属关系入手。彼此独立的技术特征可以分别诉讼。<sup>(54)</sup>这点也可以从最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》(法释

(49) 比如“茂名大荣房地产开发有限公司与茂名市飞越无限信息科技有限公司合同纠纷案”,最高人民法院(2013)民抗字第61号。此案中,前诉原告主张违约金,胜诉,前诉被告、后诉的原告以前诉原告违约为由要求解除合同,最高人民法院认为前诉与后诉都是关于前诉原告是否违约的问题,因此构成重复诉讼。

(50) 比如“中国长城资产管理公司长春办事处与吉林市中小企业信用担保集团有限公司、吉林市人民政府国有资产监督管理委员会合同纠纷管辖异议案”,最高人民法院(2015)民二终字第188号。此案中,前后两个诉讼都是针对中小企业担保公司接受华星公司股权的问题,但是提出的诉讼请求是不同的。前引〔3〕,严仁群文也列举了一些其他的案例(见第551页以下)。

(51) 参见胡刚《“一事不再理”原则在商标无效宣告确权案件中的适用》,《中华商标》2016年第7期,第74页;赵琳、刘洋《商标授权确权案中“一事不再理”原则的几种特殊情形》,《中华商标》2015年第8期,第33页。

(52) 参见张鹏《专利无效宣告程序中的“一事不再理”》,《甘肃政法学院学报》2014年第5期,第123页。

(53) 参见前引〔10〕,张利锋文,第57页。

(54) 参见付国华、朱劭纯、柯爱艳《以不同专利权利要求先后提起侵权诉讼是否属于重复起诉》,《人民司法·案例》2011年第22期,第43页。

(2016) 1号) 第1条的规定中推导出来。根据该条规定, 权利要求书有两项以上权利要求的, 权利人应当在起诉状中载明据以起诉被诉侵权人侵犯其专利权的权利要求。起诉状对此未记载或者记载不明的, 人民法院应当要求权利人明确。经释明, 权利人仍不予明确的, 人民法院可以裁定驳回起诉。从法理上看, 每一个独立的权利要求都对应着一个必要的技术特征, 都可能被单独侵害, 如果一个专利侵权行为侵害了两个或多个技术特征, 那么侵害不同技术特征必然对应不同的、可拆分的法律事实。这一点也决定了可以分别诉讼。

就一个专利侵权行为是否可以分别以相同侵权与等同侵权为由进行两次诉讼, 本文认为, 这里前、后诉事实相同, 法律关系相同, 只是对事实的法律定性不同, 因此前、后诉构成重复诉讼。北京市高级人民法院2013年9月4日发布的《专利侵权判定指南》第41条也明确要求法官“在专利侵权判定中, 在相同侵权不成立的情况下, 应当判断是否构成等同侵权”。

## (二) 一项权利被侵害产生多个请求权

根据知识产权各单行法, 侵犯知识产权的任何一项权能都可能会产生停止侵害、排除妨碍、赔偿损失、赔礼道歉等法律后果。首先, 这一问题并非为知识产权领域所独有, 而是广泛地存在于侵权案件中。但是, 在一个法律关系、多个请求权的情况下, 是否可以分别诉讼, 司法实践并没有统一的处理, 学界对此也有不少疑惑, 所以这里仍有必要加以阐明。<sup>(55)</sup> 比如一个侵权行为, 可能产生损害赔偿、停止侵害、排除妨碍等多个请求权, 法律没有明文规定不可以分别诉讼, 实践中就存在分别受理诉讼的情况。<sup>(56)</sup> 当然, 判断一个案件中存在几个请求权并不是一件容易的事。比如同样是侵权案件, 人身伤害中的医疗费、陪护费、误工费、假肢费, 是一个请求权还是多个请求权?<sup>(57)</sup> 这一问题不解决, 实际上在很大程度上影响了对于重复诉讼的判断。此外, 一个诉讼中是否只能有一个诉讼标的似乎也不是一个不言自明的问题。比如, 原告起诉, 提出多项诉讼请求, 包括赔偿损失、停止侵害, 基于的是同一事实, 这里是一个诉讼标的还是多个诉讼标的?<sup>(58)</sup> 笔者以为, 在侵权案件中, 可以考虑以侵害的法益为判断标准来认定是否存在多个请求权, 进而判断是否存在多个诉讼标的。从比较法角度看, 德国民事诉讼法中也存在所谓的“貌似同一诉讼请求/案件事实”(scheinbar einheitlicher Antrag/Sachverhalt) 的概念。<sup>(59)</sup> 比如在侵权案件中, 受害人提出的诉讼请求是要求一定金额的损害赔偿。这里因为只有一个金额, 看上去只有一个诉讼请求, 但是如果损害赔偿金额是由多个损害类型组成的, 比如人身伤害、财产损失和精神损害, 那么表面上看似一个诉讼请求, 实际上却是包含了多个诉讼请求, 也就构成了多个诉讼标的, 当然可以分别诉讼。这种分别诉讼也是一种常见的诉讼策略, 特别是人身伤害显现的时间可能比较长。<sup>(60)</sup>

(55) 参见前引〔15〕, 夏璇文, 第170页。

(56) 最高人民法院在《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)中却又不允许就精神损害赔偿事后单独提起诉讼。而前引〔5〕, 张卫平文把同一侵权看成一个事件(见第71页)。笔者认为, 逻辑上更为顺畅的解释是将精神损害赔偿与其他赔偿看成一个请求权。

(57) 参见前引〔22〕, 王亚新文, 第144页。王亚新认为, 在一个侵权行为产生若干可赔偿费用时, 如何细化请求权, 即是存在一个还是多个赔偿请求权, 构成了实体法上的困难问题。

(58) 参见前引〔22〕, 王亚新文, 第144页。

(59) Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., 2016, C. H. Beck, Einl. 72 ff.

(60) 但是, 在德国法中, 如果是请求权竞合或是请求权基础竞合, 只要原因事实是一致的, 而且诉讼请求一致, 根据二分肢说, 那就不可以多次诉讼, 但是允许预备性诉的合并或选择性诉的合并。

据此,在知识产权侵权案件中,根据“民诉法解释”第247条的规定,针对每一个知识产权权能的侵害所产生的请求权应该都可以分别诉讼,因为各个诉讼的诉讼请求是不同的。<sup>(61)</sup>这一结论在司法实践中亦有印证:浙江省高级人民法院《关于妥善处理知识产权重复侵权行为若干问题的纪要》(浙高法办〔2015〕44号)即允许损害赔偿与停止侵权分别诉讼。

另外的一个问题是,如果权利人在前诉中主张损害赔偿,败诉后,是否可以再次起诉要求停止侵权。这种情况是否构成重复诉讼,主要考察后诉请求是否产生了实质推翻前诉判决的效果。在知识产权侵权诉讼中,驳回损害赔偿的原因有多种,如果是因为无法证明存在具体损害,允许权利人再次起诉要求停止侵权并不会与前诉判决发生冲突。况且,在对于损害赔偿请求作出的判决中,关于侵权行为是否存在的判决属于判决理由,也不产生既判力,根据既判力的基本理论,也应该可以再次诉讼。

### (三) 赔偿请求不同、部分之诉

实践中,出于诉讼策略的考虑,原告一般不会在前、后诉讼中提出完全一致的诉讼请求。比如在一起专利侵权案件中,原告在后诉提出的赔偿请求比前诉要高出一百万,两诉在当事人与诉讼标的方面相同,此时是否构成重复诉讼?<sup>(62)</sup>实际上,在知识产权领域,因为损害赔偿的计算方法有多种,包括权利人实际损失、侵权人因侵权所获得的利益和许可使用费的倍数等,完全可能出现原告根据不同计算方法先后要求不同的损害赔偿金额的情况。这里前、后诉讼中案件事实相同,主张的实体请求权也相同,不同的仅仅是请求权的金额。至今为止,在知识产权领域外的类似案件中,最高人民法院比较常见的做法是抛开当事人具体的诉讼请求,通过总结争议焦点与主要诉讼请求,进而判断是否为重复诉讼。<sup>(63)</sup>这当然是一种比较讲究效率的做法,但在学理上,诉讼请求哪怕只是金额不同,也是不同的,<sup>(64)</sup>而且“民诉法解释”第247条明确要求诉讼请求相同。因此,前后诉讼请求不一致,原则上不构成重复诉讼。但法院应该如何审理第二个诉讼,本文认为可以区分如下情形考虑:

1. 就同一侵权事实,权利人主张一定金额的损害赔偿,胜诉后,再次起诉根据同一计算方法要求追加赔偿。这里应区分前后两次诉讼是否构成了部分之诉。如果原告在第一次诉讼终审判决前明确保留继续追究赔偿的权利,可以认为前诉构成了一种明示的部分请求。目前,无论是司法实践还是学说都对明示的部分之诉的合法性作出了肯定。<sup>(65)</sup>究其原因,主要在

(61) 相同观点见前引〔25〕,任重文,第44页。

(62) 参见前引〔54〕,付国华等文,第43页。

(63) 比如“延吉市中富房地产开发有限公司与张毅合作开发房地产合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民提字第72号;“中国中旅(集团)公司与华证资产管理有限公司股权转让合同纠纷再审案”,最高人民法院(2012)民提字第175号;“王贺春、张福才等六人与卢继先、华宸建设集团股份有限公司债权转让合同纠纷案”,最高人民法院(2012)民提字第44号。

(64) 同样观点见前引〔4〕,夏永全文,第114页;前引〔15〕,夏璇文,第170页;前引〔30〕,程春华文,第64页(认为金额变化只是诉讼请求变化,但诉讼标的是不变的)。

(65) 参见黄毅《部分请求权之再检讨》,《中外法学》2014年第2期,第517页;前引〔20〕,王娣等文,第180页以下(但其同时认为,在侵权案件中,在前诉原告要求赔偿人身损害获判后,不能为安装假肢再次提起诉讼);前引〔22〕,王亚新文,第146页。但是王娣等文只是指出了对于部分之诉的两种处理方式,并认为中国实务中存在对部分之诉的支持倾向,但对此没有进一步论证;王亚新文则认为“部分地或断续地提出请求一般情况下不会得到许可。只是原告作为交通事故的受害人亟需尽快获得前期的治疗费用,而后续的相关费用一时还难以确定”,才构成例外许可的情形。所以从论证的角度来看,后面两文均主要是基于作者对司法实践的观察,但就部分之诉处理方式方面所总结的一般规律却是相反的。

于法院更加关注实质争议，如果驳回部分之诉，会直接导致原告的一部分实体法利益落空。

但部分之诉只有在满足了一定前提后才可能被受理。就知识产权诉讼而言，如果就同一侵权事实，原告在前案中因计算方法不同主张了较低的赔偿金额，是否允许原告再次起诉主张根据另一种计算方法得出的超出前诉部分的差额？德国司法实践中曾经有过这类案例，学界对此看法不一。德国联邦法院认为，此时后诉构成了重复诉讼，因为前、后诉讼中尽管要求的金额存在差异，但诉讼标的是相同的，都是针对同一损害赔偿请求权；而且这里也不存在部分之诉的问题，因为前、后两个诉讼中原告主张的都是完全赔偿。<sup>(66)</sup>实际上，从德国联邦法院及支持这一观点的学者<sup>(67)</sup>的论证中可以看出，在这一案件中，德国联邦法院的处理方式偏离了二分肢的诉讼标的理论，转而适用了实体法说，以实体请求权来确定诉讼标的。从结果上看，这样限制了权利人多次诉讼的可能，减少了被告的讼累，尽管以牺牲统一的诉讼标的理论为代价，似乎也站得住脚。但如果根据二分肢理论，因为前后的诉讼请求不同，所以后诉并未构成重复诉讼，权利人应该可以就差额再次起诉。<sup>(68)</sup>根据“民诉法解释”第247条，应该得出与二分肢理论类似的结果，因为前后案件的实体请求权虽然相同，但因诉讼请求不同，所以两诉并非重复诉讼。

2. 如果权利人胜诉后再次起诉，要求的不是两种计算方法的差额，而是根据另外一种计算方法得出的全部金额，则可以认为就金额相同的部分后诉受到前诉判决既判力的拘束，后诉法官对此不能受理，只对超出金额部分进行再次裁判。

3. 如果就同一侵权事实，权利人要求一定金额的损害赔偿，败诉后，再次起诉要求另一赔偿金额，在“民诉法解释”颁布前，根据旧实体法理论，因为前、后诉涉及的实体请求权相同，法院会认定后诉为重复诉讼。在“民诉法解释”颁布后，对这一问题的处理可以有完全不同的两种方法：一种是认为后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果，所以应该不予受理；另一种是认为前诉判决发生既判力的部分仅限于原告主张的金额，就后诉多出的差额，并未存在具有既判力的判决，因此就此部分法院可以再次判决。

#### (四) 多人侵权

知识产权的非物质性以及可以为多人同时使用的特点，导致多人侵权成了一种常态。多人实施侵权行为的，比如生产者与销售者，因为没有构成必要的共同诉讼，所以权利人可以选择分别起诉，但法院必须避免判决重复赔偿。<sup>(69)</sup>这一观点也为最高人民法院在李昌奎数字图书馆案中所采纳。<sup>(70)</sup>在此案中，数字图书馆的经营者未经作者许可将其作品录入其数据库，侵害了作者的复制权与汇编权；各个高校局域网允许其用户使用该数据库又构成了新的侵权行为，即对信息网络传播权的侵害，因为各高校局域网用户范围不同，所以这些侵权行为彼此之间没有交集，即便根据“民诉法解释”第247条，因为案件事实不同，导致诉讼标的不同，所以权利人可以多次诉讼。而且也只有通过多次诉讼，权利人才能够获得相应停止侵权的判决，以阻止各个高校使用其作品。

(66) BGH, Urteil vom 25. 9. 2007, BGHZ 173, 374 - 384.

(67) Loschelder, NJW 2008, 373; Busche, JR 2008, 507.

(68) Stjerna, GRUR-RR 2006, 353 ff.

(69) 参见上海市第二中级人民法院民五庭课题组《商业维权视角下知识产权重复赔偿的理论审视与司法应对》，发表在该法院网站 <http://www.shezfz.com/view.html?id=100751>，2017年4月7日最后访问。

(70) 参见“李昌奎与超星数图公司、贵州大学等著作权侵权案”，最高人民法院（2010）民提字第159号。

同理，不同用户未经许可上传同一部作品，<sup>(71)</sup> 因未构成重复诉讼，也无须在同一案件中起诉，可以分案处理。在这类案件中，多个侵权行为彼此独立但造成单一损害的，事实与法律问题不完全相同但又有牵连，可以考虑通过追加当事人的办法来处理。<sup>(72)</sup>

### (五) 多人被侵权

实践中发生过多个作者起诉同一数字图书馆的情况。根据民事诉讼法的规定，多个人被侵权，未构成必要共同诉讼的，仅存在进行代表人诉讼的可能，但没有代表诉讼的义务，所以当然可以分别诉讼。而且，前诉的判决对后诉也不发生影响，因为前后诉讼的当事人不同。那么，能否通过预决效力来限制后诉判决？<sup>(73)</sup> 根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号），可以认为这是有依据的。但笔者认为这种做法不符合民事诉讼法的基本理论。在后诉原告未参与前诉、不能行使诉权的情况下，前诉对其产生拘束力实际上就是对该当事人诉权的剥夺。当然，在公益诉讼中有不同规定的除外。<sup>(74)</sup>

### (六) 知识产权法律保护竞合

知识产权领域出现法律保护竞合是很常见的现象。发生竞合的可能是知识产权保护的单行法与反不正当竞争法，也可能是各种不同知识产权之间的竞合，比如外观设计专利与著作权的竞合，或者著作权与反不正当竞争保护的竞合。过去，有法院判决在商标权与反不正当竞争保护竞合的情形允许原告分别诉讼。<sup>(75)</sup> 在“民诉法解释”颁布后，则要区分请求权竞合或者请求权基础竞合（法律竞合）或是所谓的“伪竞合”情形。

如果产生了请求权竞合，而且发生竞合的是合同与侵权请求权时，原则上在诉讼时只能选择其中之一。<sup>(76)</sup> 但司法实践并未严格执行这一强制性选择的规定，而是发展出各种变通的处理方式，特别是在原告败诉的情形，甚至还有法院无条件地允许当事人以预备性诉的客观合并并在同一诉讼中主张所有可能的彼此竞合的请求权。<sup>(77)</sup>

如果产生的是请求权基础竞合，也就是一个请求权、多个法律依据的情况，是否可以分别诉讼，目前尚存争议。<sup>(78)</sup> 而请求权竞合与请求权基础竞合的概念之争，中国民诉法理上的讨论刚刚开始。<sup>(79)</sup> 考虑到“民诉法解释”第247条采纳的是“国内旧说”，本文认为在请求权基础竞合的情况，前诉败诉的，应该允许以新的请求权基础为据再次起诉，因为

(71) 参见上海市浦东新区法院2011年9月28日《多用户上传同一作品至网站引发“重复诉讼”之争》，<http://www.shjcw.gov.cn/node2/pudong/node1369/node1370/userobjectlai128269.html>，2017年4月7日最后访问。

(72) 参见苏志甫《知识产权审判中追加当事人问题研究——兼论我国必要共同诉讼制度的完善》，《法律适用》2008年第7期，第6页；袁秀挺、凌宗亮《我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解》，《同济大学学报（社会科学版）》2014年第6期，第123页。

(73) 前引〔5〕，王亚新等文，第19页。

(74) 比如在消费者保护的公益诉讼中，根据最高人民法院《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕10号）第16条，消费民事公益诉讼生效裁判在事实认定、诉讼标的以及主要争议焦点的判决理由上对私益诉讼产生预决力。

(75) 参见“南京雪中彩影公司与上海雪中彩影公司及其分公司商标侵权、不正当竞争纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第5期。

(76) 类似案例可参见前引〔5〕，陈杭平文，第176页。

(77) 见重庆市高级人民法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》（渝高法〔2007〕282号）第52条，2007年11月22日通过。

(78) 前引〔10〕，张利锋文，第87页；前引〔20〕，王娣等文，第181页（认为根据二分肢说，不能再次诉讼；根据旧实体法说，应该允许）。

(79) 具体参见前引〔5〕，郝伟明文，第108页。

此时前后诉讼中法律关系不同。如果前诉胜诉,则不存在可诉讼利益,不能再次起诉。

如果产生所谓的“伪竞合”,也即存在一个请求权,而众多理论上存在的法律依据中仅有一个真正成立。比如同一案件事实中,合同与不当得利的请求权不可能同时存在,而是只能存在一个,这种情形实际上可以归为请求权基础竞合的一种情况。当然,这种情形是否可以分别起诉,学界意见也不统一。<sup>(80)</sup>在中国知识产权诉讼中,这类案件还比较少见,这主要是因为不当得利请求权在知识产权案件中很少被作为起诉基础。

#### (七) 不侵权确认之诉与侵权之诉

不侵权确认之诉是知识产权领域经常出现的诉讼类型。针对一个侵权行为,当事人先后提起确认和请求之诉,法院在确定是否构成重复诉讼时,首先可以考虑参考民法的一般理论。有观点认为,前诉为给付之诉,则后诉无论为给付之诉还是确认之诉,都为重复诉讼;如果前诉为确认之诉,后诉为给付之诉,应禁止另诉,只能两诉合并,否则可能导致判决矛盾。<sup>(81)</sup>在知识产权领域,最高人民法院在2004年已经对针对同一侵权事实先后提起不侵权确认之诉与侵权之诉的处理方式作出了规定。在前诉已经立案,后诉是否受理的问题上,主要取决于前诉与后诉的类型。如果前诉为确认不侵权之诉,后诉为侵权之诉,<sup>(82)</sup>且请求内容并非只是确认侵权,则后诉不被前诉所吸收,但后诉法院应该将管辖权移送至前诉的管辖法院,合并审理。<sup>(83)</sup>如果前诉为侵权之诉,后诉为确认不侵权之诉,最高人民法院并未涉及,根据“民诉法解释”第247条可能构成重复诉讼。这是因为,前、后诉的诉讼标的相同,但诉讼请求恰好相反。

#### (八) 持续侵权

持续侵权是知识产权案件中比较突出的一个问题。就同一侵害行为而言,法院判令停止侵害的,该判决应该是直到该知识产权保护期届满都有效,<sup>(84)</sup>所以侵权人无论继续实施还是再次实施相同侵害行为,理论上权利人依据已有判决即可以制止该行为。但中国的强制执行申请有两年的时间限制,停止侵权判决的执行同样受到时间限制。最近有学者主张,应该允许权利人不受时间限制地申请执行停止侵权判决,因为“新的侵权事实并不必然导致新的诉讼的产生”,而完全有可能是执行力的向后扩张;如果被执行人认为其在判决生效后所从事的行为不构成判决所禁止的行为,则应由被执行人提出执行异议,执行机关有权判断新旧侵权行为是否属于同一行为。<sup>(85)</sup>这一建议虽然便于原告维权,但与现行执行期限

(80) 参见前引〔10〕,张利锋文,第87页;前引〔7〕,严仁群文,第93页(认为应该允许,因为如果发生竞合时允许,那就更应该允许没有竞合时两次诉讼)。

(81) 前引〔3〕,张卫平文,第57页。

(82) 侵权之诉本身是一个并不精确的概念。有观点认为,侵权之诉实际上是确认之诉和给付之诉的内容复合体,因为法院在审理侵权案件时,一般会首先判断被告的行为是否构成侵权,然后再进一步确定是否存在给付内容,即被控侵权一方是否应承担经济赔偿等。参见曹伟《知识产权确认不侵权诉讼的几个基本问题》,《知识产权》2014年第4期,第34页。

(83) 参见最高人民法院2004年6月24日对河北省高级人民法院《关于石家庄双环汽车股份有限公司与本田技研工业株式会社确认不侵犯专利权纠纷一案管辖争议问题的请示》和北京市高级人民法院《关于本田技研工业株式会社诉石家庄双环汽车股份有限公司、北京旭阳恒兴经贸有限公司侵犯外观设计专利权纠纷一案管辖权问题的请示》的回复;宋德峰《确认专利不侵权之诉相关法律问题研究》,《中国发明与专利》2015年第7期,第70页。

(84) 参见张玲《论专利侵权诉讼中的停止侵权民事责任及其完善》,《法学家》2011年第4期,第114页。

(85) 参见前引〔28〕,曹云吉文,第114页。

的规定不完全匹配。尽管如此，实践中在下文所述的第三种情形，浙江高院已经采纳了与此观点非常近似的做法。

从法院执行的角度看，停止侵权是对不作为行为的执行，因此需要被执行人本人完成。如果被执行人拒绝履行，法院可以根据民事诉讼法第111条对其处以罚款等处罚措施。一般而言，鉴于处罚措施的威慑力，被执行人通常会停止侵权行为，此时法院可以确定执行完毕。如果侵权人此后再次实施侵权行为，如果已有判决的执行期限已届满，目前多数观点认为权利人必须再次起诉。<sup>(86)</sup>而如果执行期限未届满，权利人原则上应该可以再次提出执行申请。但浙江高院在《关于妥善处理知识产权重复侵权行为若干问题的纪要》中对此作出了限制，要求只有同一侵权人的侵权行为在执行完毕后六个月内再次发生，才可以依据现有的判决进行第二次执行，过了六个月的期限，则必须提起新的诉讼。这一规定的根据是“民诉法解释”第521条“在执行终结六个月内，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，人民法院可以依申请排除妨害”。如果停止侵权判决尚未执行完毕，比如被执行人未停止侵权或者停止后再次实施同一侵权行为，权利人可以提出新的强制执行申请，因为此时执行程序已经被启动，所以两年时限不再适用。

除了执行完毕与尚在执行程序之中，还可能存在第三种情形，即原停止侵权判决从未申请执行，被执行人再次实施了侵权行为。比如侵权行为在判决作出前已经停止，法院仍然可以判决被告停止侵权。这是因为考虑到停止侵权判决主要是面向以后可能发生的侵权行为，所以侵权人放弃了过去的侵权并不足以排除侵权人再次侵权的可能，法院判令停止侵权无疑是正确的，而并非所谓的“例行公事”。对此，实务界与学术界还存在一些误解。<sup>(87)</sup>在这种情形，浙江高院原则上允许权利人不受执行期限限制申请执行。如果执行期限已经届满，权利人仍可以提出执行申请，只有被执行人提出执行异议且法院驳回执行申请时，权利人才需要就新的事实再次起诉。这种做法已经非常接近上文所述的学术观点，即针对判决生效后存在、为判决所覆盖的同一侵权行为，不是权利人需要另行起诉，而是侵权人有必要提起异议或是不侵权确认之诉来对抗原有判决的执行。但尚有一个未解问题：法院裁定是否驳回执行申请的理由应该包括哪些？根据体系解释可以认为，执行期限届满并非构成驳回理由。所以，一个可能的驳回理由应该是新的侵权事实与已有判决所认定的侵权行为不同。这里涉及到如何确定停止侵权判决的客观既判力范围的问题。如果要求前后两个侵权行为完全相同，那么就扩大了侵权人规避判决的可能性；如果允许前后侵权行为存在一定偏差，那么必须明确相应标准来确定偏差范围。这个问题在中文文献中目前尚未讨论，可以想象随着停止侵权判决理论与实践的发展，将来会引起争议。

第三种情形的一个实务案例如下：在某一再审案件中，被告被判决停止在其网页中使用原告商标，权利人未提出执行申请，并认定侵权人在判决后再次在其网站中使用其商标，因而再次起诉，而被告认为判决后并未实施新的侵权行为。再审法院根据该网站给出的时

(86) 前引〔84〕，张玲文，第110页（一方面认为停止侵权一般没有期限，另一方面又认为被告在被判决停止侵权后继续实施侵权行为，如果超过强制执行期限的，原告仍需再行起诉，寻求救济）；孔繁文《关于专利侵权诉讼“停止侵权”民事责任承担方式的几点看法》，<http://www.unitalenlaw.com/zhouxun2/zhouxun348/fygc.htm>，2017年4月7日最后访问。

(87) 参见刘文静、许彤彤《浅议专利法上的停止侵权救济》，《中国专利与发明》2014年第11期，第101页。

间认定侵权行为——即商标录入网站——发生在二审法院作出判决之前，因此不构成新的侵权行为，所以判定原告的起诉行为构成了重复诉讼。<sup>(88)</sup> 此时，原二审判决的执行期限已经届满，所以权利人也无法再提出执行申请。这种结果无疑难以令人满意，因为侵权事实仍然继续，但权利人对此却无法禁止。这一问题虽然很早就有论及，但一直未得到解决。<sup>(89)</sup> 一个可能的解决办法是通过修订法律延长执行申请的期限。

## 结 论

从法政策的层面来看，重复诉讼的规制必须在当事人诉权的保护与司法救济的效率之间作出取舍。“民诉法解释”第247条的最初目的或许是限制重复诉讼及诉权滥用，但在条文的表述上却增加了判断重复诉讼的要素，从而反倒增加了多次诉讼的可能。但这本身并不意味着这一尝试不尽人意。正相反，中国民事诉讼法并未引入众多强制性制度，比如强制反诉、强制合并、集中义务、强制同一债权同一诉讼，出于法院便民的原则与当事人处分原则，与之相配合的也应该是一种对多次诉讼相对宽松的态度。当然，这样可能会加重所谓的重复诉讼在中国的泛滥。但随着既判力相对性理念在中国的逐渐深入，就会发现很多内容貌似冲突的判决并非真正的矛盾判决，因此司法的权威并不会因为当事人多次诉讼而当然受损。排除了这一顾虑后，立法者未来根据实践中应用的情况再对现有的重复诉讼规制模式加以重新审视并考察是否进行更加偏向效率的转变时，才可能更加从容。

---

**Abstract:** Article 247 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the PRC Civil Procedure Law constitutes the first ever attempt to explicitly regulate *ne bis in idem* in Chinese law. However, the ambiguity of the key concepts used in this article, namely cause of action and claim, is apt to result in inconsistency in the application of law. To solve this problem, it is necessary to first clarify the meanings of both concepts. Regarding cause of action, this article proposes to stick with the traditional old substantive law theory and to additionally determine the role played by facts in defining the cause of action. Regarding claim, it is essential to introduce a non-variable concept which is independent of the theories of cause of action. On this basis, this article applies the general theory of *ne bis in idem* to civil IPR disputes, summaries a number of case groups, and proposes corresponding solutions to this problem in judicial practice.

**Key Words:** cause of action, claim, *ne bis in idem*, *res judicata*, civil IPR disputes

---

(88) 参见“广州大明联合橡胶制品有限公司与四川华奥药业有限公司侵害商标权纠纷案”，最高人民法院（2015）民申字第218号。

(89) 参见郭晓《谈几种专利侵权责任的适用》，《人民司法》2003年第3期。