

消极确认诉讼之反诉研究〔*〕

——从司法解释与相关判例视野的再审视

○ 夏 璇

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

〔摘要〕反诉是民事诉讼中当事人的一项重要程序性权利,在给付之诉、确认之诉、形成之诉三种不同诉的类型中反诉的形态以及提起的条件有所不同。特别是对于消极确认之诉,鉴于其诉讼标的及诉之利益等诉讼要件的特殊性,反诉的成立更具有独特性。文章依据民事诉讼基本原理,对各类诉的反诉予以解析后,通过对最高人民法院司法解释以及我国相关判例的分析,指出消极确认之诉的反诉只应有给付之诉一种类型。同时基于消极确认之诉的特点以及禁止二重起诉规则,提出我国民事诉讼法应当在消极确认之诉中建立强制反诉制度的设想。

〔关键词〕反诉;消极确认之诉;强制

在已经系属的民事诉讼程序中,被告针对原告而提起的,与本诉有牵连的独立的反请求,即为反诉。反诉之所以产生和形成,是因为它与本诉有牵连,能够对原告的诉讼请求吞并或抵消,这即为提起反诉必须具备的实质性条件。

从诉的类型考虑,现实生活中并非所有的诉都可以提出反诉,反诉的成立与否需要考虑的一个必要条件为本诉诉讼请求与反请求之间的牵连关系,以及反诉能否实现对本诉抵消、吞并的目的。根据民事诉讼理论,以当事人提出诉的目的和内容不同,诉的形态可以划分为给付之诉、确认之诉以及形成之诉三种。而不同诉的类型下被告是否都能提出反请求以构成反诉,以及其反诉的形态如何尚需具体分析。

作者简介:夏璇(1981—),法学博士,西南政法大学法学院讲师,主要研究方向:民事诉讼法、司法制度。

〔*〕本文系2015年法学会部级法学研究课题(CLS(2015)D117)“民事重诉的识别及类型化解析”,西南政法大学校级青年项目(2014 XZQH-41)“消极确认诉讼之反思与重构”的研究成果。

一、不同诉的类型中的反诉

(一) 给付之诉中的反诉

给付之诉是一方当事人向法院提出要求对方为一定民事义务履行的请求。它是三种诉的类型中出现时间最早,也是当今现实生活中最为普遍、数量最多的一种诉。给付之诉中,当事人请求法院判决义务方对其履行一定义务,该义务有可能是金钱,也有可能是行为。这种义务通常可以用一定的“量”来衡量。本诉被告就同一案件而提出的反诉,即可以是给付之诉,寻求与本诉原告诉讼请求“量”上的抵消、吞并。如本诉原告请求法院判令被告支付货款,而被告反诉原告货物存在质量瑕疵,主张违约金或者质量侵权损害赔偿。除此以外,本诉的被告还可以主张原告诉讼请求所基于的法律关系无效,提起确认之诉的反诉,从“质”上对原告的诉讼请求予以根本上的否定,从而消灭原告提起请求的基础法律关系。如原告主张合同违约的违约金,被告反诉双方所签订合同因违反国家强制性法律规定而无效,若被告的反诉得到法院的支持,原告的诉讼请求则失去了存在的基础。同理,在给付之诉的本诉中,本诉被告还可以提出形成之诉的反诉,请求法院将当事人之间已经存在的法律关系撤销,实现从“质”上对原告诉讼请求予以否定。如被告以合同签订时存在重大误解、显失公平为由,行使合同撤销权,请求法院撤销双方合同权利义务关系,使原告基于合同提出的违约主张失去存在的基础。因此,本诉为给付之诉的前提下,被告所提出的反诉可能是三种诉的类型中的任何一种,从不同程序上对抗原告的诉讼请求。

(二) 确认之诉中的反诉

作为确认之诉,它是指当事人请求法院运用司法权确认其与纠纷相对方之间法律关系是否成立或是否存在的诉。确认之诉的目的只是对当事人之间法律关系是否成立,是否存在进行确定,不包含任何给付性的内容。因此确认之诉的反诉与给付之诉相比,当事人之间攻击、防御只存在“质”的对抗,没有“量”的减损。正因如此,有观点认为在确认之诉中,被告反对原告的诉请只需要反驳就足以达到目的,不需要反诉。反诉只存在于给付之诉中,确认之诉中不存在反诉。^[1]此认识是值得商榷的,通常情况下,判断反诉是否成立的关键是反诉与本诉之间是否存在法律上的牵连关系,这种法律上的牵连关系可以表现在以下几个方面:

1. 本诉与反诉的请求基于同一事实关系发生的法律上的结果时,或由同一法律关系发生几个请求而为本诉与反诉的请求时,在这种情况下,不论是否同一种类的请求都相同。如本诉为给付之诉,反诉为判断其给付请求的基础法律关系不成立或不存在的确认之诉;或本诉为确认合同无效之诉,反诉为履行合同的给付之诉。无论是上述哪种情况,都是同一事实或同一法律上的结果的存在,都须以经济目的看其同一性。

2. 不是从多数独立的事实关系发生的法律上的关系,但是各自相互存在有

效或无效的条件关系时,也应该认为有法律上的牵连关系。^[2]

3. 如果对诉和反诉在一个程序中进行辩论显得适当和理智,也应当肯定二者具有法律上的关联,这里必须考虑许可反诉所追求的目标,即在一个诉讼中澄清相互牵连的问题并且抵制争议的分裂,因此如果本诉与反诉来自于一个内部相互属于的统一的生活事实关系,这种法律上的关联也应当被肯定。^[3]

因此,作为确认之诉的被告而言,若其提出的反请求与本诉请求具有上述法律上的牵连关系,或者将本诉和反诉置于同一程序中处理能够实现纠纷解决的目的,当反请求满足诉的成立要件,则该反请求能够成为反诉。认为确认之诉没有反诉的观点只看到当事人之间就基础法律关系的效力与成立产生争议的情形,忽略了当事人可能基于该法律关系主张具体给付请求。但是,对确认之诉反诉的形态尚需详细考察。

确认之诉按照当事人请求予以确认效果的差异,又可进一步细分为积极的确认之诉(肯定的确认之诉)和消极的确认之诉(否定的确认之诉)。积极的确认之诉是当事人请求法院确认其与对方当事人之间一定的民事法律关系成立或存在的诉;而消极的确认之诉是当事人请求法院确认其与对方当事人之间某种民事法律关系不成立或不存在的诉。作为积极的确认之诉,鉴于确认之诉中不存在原、被告请求“量”上的抵消,被告一方若希望对原告的诉讼请求予以消灭,诉讼中对原告主张的法律关系予以否认,通过反驳即可实现,法院审理认定法律关系成立予以驳回原告诉讼请求时,就该法律关系之成立即有既判力,^[4]故积极的确认之诉中,被告这种反请求不具备诉之利益要件,不能构成反诉。在消极的确认之诉中,原告主张对某种法律关系的否认,若被告只是对原告的请求予以简单否认,纯粹主张双方争议的法律关系存在,这种否认也只需通过反驳即可实现,其同样不具备诉之利益要件,不能构成消极确认之诉的反诉。但是,若双方不仅仅单纯对该法律关系是否存在产生了争议,同时涉及该法律关系存在时权利义务的履行问题,则在作为本诉的消极确认之诉系属时,被告可能提出在法律关系存在的基础上原告应当为一定义务的给付反请求,该反请求符合反诉的条件,构成消极确认之诉的反诉,其理由将在后文中结合我国相关司法性解释文件以及判例详加分析。

(三)形成之诉中的反诉

形成之诉也称为变更之诉,是当事人请求法院将其与对方当事人之间既存的民事法律关系予以变更、撤销或消灭的请求。形成之诉性质上有创造性,其判决能变更或改变一定的法律关系。形成之诉产生时间较晚,此类诉讼随1900年德国民法关于私法上形成权理论的确立与国家司法权扩大判决的法创定力增加,才成为独立的诉讼形态。^[5]形成之诉的提起,须以法律有特别规定为依据。形成之诉中当事人所依据的是法律所规定的形成权,因此有观点认为形成之诉不会引起反诉,被告对原告的主张予以否定,只需作出反驳即可,如反驳成立,则原告的诉讼请求自然不成立。对此观点正确与否的评判需要从形成之诉诉讼标

的角度考虑。应当认为在一起形成诉讼中,可能双方都享有形成权,而形成权即为形成之诉的诉讼标的,若发生形成权的原因事实不同,双方的形成权则不同,不同的形成权,即为不同的诉讼标的,^[6]因此作为本诉和反诉的两个形成之诉若基于不同事实理由而产生,它们有两个诉讼标的,并非同一个诉,这两个诉能够互相吞并、抵消,因此形成之诉中的反诉是能够成立的。如离婚诉讼中,夫妻一方以某种理由主张离婚,而另一方以其他理由同样主张离婚时,应当允许该方提起离婚诉讼的反诉。这是因为此情形中除离婚诉讼本诉与反诉的诉讼标的不同,为不同诉讼外,离婚诉讼中允许被告方提起反诉还关系到对离婚归责事由的确定,从而明确由此而产生的损害赔偿与子女监护权的归属等问题,这些仅仅依靠被告方的反驳是无法形成确定力的。此观点也得到了其他国家与地区民事诉讼法的认同,如我国台湾地区《民事诉讼法》关于婚姻案件审理中有关反诉的规定。^[7]同样理由,德国民事诉讼法第610条第2款,第640C条也作出了婚姻案件和其他身份案件中允许有限反诉的规定。^[8]

二、消极确认之诉反诉的形态

消极的确认之诉,属于确认之诉的一种,因确认之诉的强制力并不如给付之诉,确认之诉在司法实践中利用率并不高。加之我国《民事诉讼法》中并没有确认之诉的专门条文规定,长期以来学界也对确认之诉的关注度不足,对消极确认之诉理论鲜有涉及。但近几年来随着民事纠纷的纷繁复杂,司法审判领域涌现了大量的消极确认之诉,特别是在知识产权领域的知识产权确认不侵权纠纷的广泛产生,使得消极确认之诉越来越受到学界、实务界的关注,围绕有关消极确认之诉理论的各个方面,如起诉条件、诉之利益、举证责任、反诉等问题也逐渐受到重视,引发诸多争论,在此仅就消极确认之诉的反诉问题作一定的探讨。

(一) 基于相关司法性文件的分析

我国《民事诉讼法》284个法律条文中仅有4个条文涉及到了反诉^[9],既没有对反诉的类型加以区分,也没有对不同情形下反诉成立的条件加以立法,有关消极确认之诉反诉的内容更无从谈及。

最高人民法院所颁布的司法解释性文件中,2004年6月24日《关于本田技研工业株式会社与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专利纠纷案件指定管辖的通知》([2004]民三他字第4号)(以下简称《通知》)涉及到了消极确认之诉的反诉问题,该《通知》规定“涉及同一事实的确认不侵犯专利权诉讼和专利侵权诉讼,是当事人双方依照民事诉讼法为保护自己的权益在纠纷发生过程的不同阶段分别提起的诉讼,均属独立的诉讼,一方当事人提起的确认不侵犯专利权诉讼不因对方当事人另行提起专利侵权诉讼而被吸收。但为了避免就同一事实的案件为不同法院重复审判,人民法院应当依法移送管辖合并审理。”其内容可以对消极确认之诉反诉的相关问题作如下解读。

作为消极确认之诉的知识产权确认不侵权纠纷与知识产权侵权纠纷皆为独

立的诉讼,确认不侵权之诉的被告在诉讼系属中若同时提出侵权之诉,法院应将两诉移送合并审理。但是被告所提出的该侵权诉讼是否与不侵权之诉构成本诉和反诉的关系,该司法解释虽在此语焉不详。但从民事诉讼法理分析,该《通知》中涉及到的“侵权诉讼”符合“不侵犯专利权诉讼”反诉的条件与特征。理由在于:首先,侵权之诉与不侵权之诉属于两个完全独立的诉,它们之间存在法律上的牵连关系,是基于同一事实发生的法律上的结果。其次,侵权诉讼与确认不侵权诉讼审理的结果可以相互抵消、吞并,因此二者构成本诉与反诉的关系。第三,虽然该《通知》仅提及两个诉讼由不同法院受理时需要移送合并审理,但也能从中得到法院在对两个诉讼审理时,应将其视为本诉与反诉合并审理的推论。

该《通知》虽仅是针对知识产权确认不侵权之诉而作,但因知识产权确认不侵权之诉在性质上即为消极确认之诉,因此其内容对其他消极确认之诉仍具有指导意义。但是,若扩展到整个消极确认之诉层面,该司法解释尚有两处疑问需进一步讨论。其一,“侵权诉讼”在诉的形态上既可能仅为确认侵权关系成立的纯粹确认诉讼,也可能包含有追究侵权赔偿责任的给付之诉。对方当事人提出的给付诉讼和确认诉讼是否都能合法成立并构成消极确认之诉的反诉。其二,若侵权诉讼在确认不侵权诉讼的判决作出以后才提出,又该如何看待此诉讼,是此诉是否构成了前诉的重诉。

(二) 消极确认之诉中不同类型“反请求”

1. 消极确认之诉中的“给付反请求”

此情形下,对方当事人不仅仅单纯对法律关系是否存在发生争议,还涉及该法律关系存在时权利义务的给付问题,故原告提出消极确认之诉时,被告可能提出在法律关系存在的基础上原告应当为一定义务的给付之诉的反请求。如停止侵权、赔偿损失、主张违约金等反请求,此反请求应当视为与本诉请求之间存在牵连关系,并能够实现吞并、抵消本诉请求的目的,构成消极确认之诉的反诉。

此时反诉能够成立,是因法院在审查被告的给付请求时,首先必须对该给付存在的基础,即双方的法律关系是否存在进行审查,故若被告的给付请求若得法院的支持,则意味着原告确认法律关系不存在或不成立的主张未能得到法院的认可支持,被告的反请求从而实现吞并原告诉讼请求的目的。从理论上讲,给付之诉之所以能够成为消极确认之诉的反诉,这是基于给付之诉与确认之诉的关系。鉴于确认之诉是三种诉中最基本的类型,给付之诉和形成之诉都是确认之诉的特殊形态。确认之诉是给付之诉和变更之诉法律效果形成的基础,给付之诉与变更之诉都含有确认之诉的性质。对于其他种类诉的本案判决,也含有确认性的性质,因此在理论上,确认之诉是所有其他诉的基础。^[10]换言之,对给付之诉、形成之诉的审查,都必须以对法律关系是否存在进行确定为前提。因此,若给付请求得到法院的确认,原告提出的消极确认请求自然被消灭,给付反请求因而构成消极确认请求的反诉。

此类情形的反诉在知识产权确认不侵权之诉中得到了实务界的认可,如在

西安奥克自动化仪表有限公司诉上海辉博自动化仪表有限公司不侵犯专利权纠纷中,上海辉博自动化仪表有限公司在诉讼中提起反诉,请求判决西安奥克自动化仪表有限公司专利侵权,并要求其停止侵权、赔偿损失。最终上海市第一中级人民法院经审理认定西安奥克公司生产、销售的产品不构成对辉博公司专利权的侵犯,判决如下“原告的请求于法有据,本院予以支持。辉博公司的反诉请求应予驳回。”^[11]

2. 消极确认之诉中的“确认反请求”

针对第二种类型的反请求,部分人士认可本诉被告提出纯粹确认之诉的侵权诉讼反诉,即认为消极确认之诉中提出单纯的积极确认的反请求构成反诉,这也得到了一些判例的支持。如在福州昌晖自动化系统有限公司诉福建顺昌虹润精密仪器有限公司确认不侵犯专利权纠纷一案中,被告福建顺昌虹润精密仪器有限公司在诉讼中提出反请求,仅仅要求法院判决本诉原告侵犯了其拥有的外观设计专利权。法院将该反请求作为反诉受理,并合并审理。原告在开庭审理中,判决之前撤回了确认不侵权之本诉,但是法院对被告提起的反诉仍然作出了实体判决,认为“本案中的反诉与本诉有牵连,但又是各自独立的诉,本诉撤诉不影响反诉的继续审理。”^[12]最终判决原告侵权行为成立。

福州市中级人民法院的此做法,作者持不同意见。从反诉是一个独立的诉的特征来看,反诉是否成立必须要考虑诉的成立要件。首先,从纠纷解决的角度考虑。通常认为,双方当事人各自提出正反两个请求完全属于互为表里的主张,系同一案件,因此此时后诉的积极确认之诉属于重复起诉。其缘由在于,这种情况下两个诉的诉讼请求相反或可以代用,这是它们诉讼标的完全相同的结果。同理,此情形下本诉消极确认声明与反诉积极确认声明处于完全相反状态,反诉原告与本诉原告声明实质同一,而本诉被告于本诉中已经获得保护,反诉实属多此一举,故不得再允许其提出。^[13]其次,从诉的利益的角度考虑。确认之诉的诉之利益,必须满足即受判决法律上利益的要求。该诉的利益必须具有即时确定的现实必要性。只有原告在私法上的地位发生不安之危险时,确认利益才应当得以承认,这种原告的不安与危险应当是现实存在的。另外,确认之诉之利益还要求请求确认的手段适当。若当事人存在确认之诉以外其他纠纷解决形态的解决方式时,其不拥有诉之利益。从这点而言,确认之诉处于一种其他救济手段不存在时才能够使用的补充性地位。如果当事人在起诉时就可以诉求给付,则通常情况下确认之诉缺乏诉之利益。台湾地区《民事诉讼法》规定“确认法律关系基础事实存否之诉,以原告不能提起他诉讼者为限。”因为这种仅是确认的判决是不可执行的,这样原告就必须重新起诉以便得到执行名义,属于对诉讼资源的浪费。从上述两方面考虑,若消极确认之诉的反请求仅为积极确认请求,因违反禁止二重起诉原则,以及不具有诉之利益而不能成立反诉。

《通知》所涉案件中,如果本诉被告提起的专利侵权诉讼仅仅请求确认相对方的行为侵犯了其专利权。此反请求一方面而言,只是对本诉原告诉讼请求的

简单否定,无论本诉原告的诉讼请求是否获得法院支持,该判决结果同时也对本诉被告的反请求予以了处理,因而没有提出的必要。另一方面,本诉的被告在确认原告侵权后,其最终目的是要求原告停止侵权,既而追究原告的侵权责任。即使确认侵权成立的反请求即使得到法院的确认,被告为实现其最终目的,还是需要另行提出停止侵权、要求被告赔偿损失的给付之诉,因此应当认为被告提出的确认反请求“请求确认的手段不适当”。即使侵权诉讼由受理确认不侵权之诉法院以外的其他法院立案,确认不侵权之诉的原告提出抗辩后,法院也应当以该诉不具有诉之利益为由予以驳回。

三、消极确认诉讼反诉与重诉

根据上文分析,双方当事人基于同一法律关系提出相反的确认证据,后诉应当被认定为重诉而予以驳回,无论此时后诉是在前诉诉讼系属中提出,还是前诉终结后提出。消极确认之诉的反诉只能为给付之诉的形态,但是无论是根据反诉成立的要件,还是从《通知》中“人民法院应当依法移送管辖合并审理”,所蕴含之意皆为给付形态反诉的提出应在前诉诉讼系属时。若前诉即消极确认诉讼已经审理终结时,是否还能够允许后诉提出具有给付内容的诉讼,后诉是否因构成前诉的重诉而需被禁止,此即《通知》中所涉及需要解决的第二个问题。

重诉是前后两个诉的要素,包括当事人和诉讼标的。由于诉讼标的理论存在“实体法学说”和“诉讼法学说”之分,因此在判断后诉是否构成前诉重诉时,会因所持诉讼标的理论的不同而导致结论上的差异。针对前诉为消极确认诉讼,能否提起给付之诉的后诉,通常认为,前诉为消极确认之诉,后诉为给付之诉的,应当依照将后诉合并于前诉的方法处理。从大陆法系民事诉讼理论诉之利益的角度,前诉为确认之诉,该诉的被告又基于相同法律关系提出给付之诉时,如果不将后诉作为反诉合并到本诉中,单独提起的后诉应视为不具有诉之利益,而由法院驳回。如果从既判力角度或理论则因为后诉的判决可能与先行的确认之诉矛盾,因此也应当禁止另行起诉。^[14]

因此,在消极确认之诉中,本诉被告认为双方争议的法律关系存在,且基于该法律关系还可以向本诉原告主张时,其应当在本诉中以反诉的形式提出。若其待消极确认之诉裁判生效后,再另行起诉主张权利,后诉则会涉嫌构成前诉的重诉而被法院驳回,空使权利丧失。

四、建立消极确认之诉强制反诉制度的设想

(一) 建立消极确认之诉强制反诉制度的必要性

强制反诉,是指鉴于原告提出的本诉请求所涉及的事实或者与其诉讼标的有不可分裂的关联,使被告如果不在本诉案件审理中提出反诉,将会在本诉终局后因对此具有拘束效果的既判力的发生而丧失另行提出诉讼请求的权利。^[15]消极确认之诉的反诉只存在于本诉的被告提出给付之诉的反请求时,允许被告在

消极确认之诉中反诉目的在于利于诉讼效率,也可避免法院之矛盾判决。若被告不在消极确认之诉中提出反诉,而是本诉判决后再提出给付之诉的诉讼,给付之诉将被以不具有诉之利益而被驳回,不利于其权益的保护。并且从纠纷解决的视野,允许当事人另行起诉必将使法院对同一事实再次进行审查,对基本相同证据再次组织质证,既浪费司法资源,又损当事人之精力、财力。欲解决此问题,则可以考虑引入消极确认之诉强制反诉制度予以解决。

1. 消极确认之诉强制反诉符合程序法价值

消极确认之诉中实行强制反诉根本原因在于消极确认之诉与作为给付之诉的反诉二者事实的同一,法院对两个诉审查的内容大致相同。程序法的价值在于公正与效率,在消极确认之诉中实行强制反诉制度,既能避免司法资源的再次投入,使纠纷迅速得以解决,让对方当事人尽早摆脱诉累,又可以实现错误成本最小化,防止矛盾裁判的出现。

当然实行强制反诉并非随意而为之,由于其可能会给本诉的被告带来重大的权利伤害,故国外理论对强制反诉设置了条件,英美法理论认为,强制反诉必须符合四个要件:(1)本诉与反诉中呈现的事实与法律关系是否在最大限度上相同;(2)如果没有强制反诉制度的存在,“一事不再理原则”是否会阻碍之后而提起的诉讼;(3)是否支持或反驳本诉与反诉的证据实质性相同;(4)本诉与反诉是否有逻辑关系。^[16]而消极确认之诉中建立强制性反诉完全满足上述要件。

2. 消极确认之诉强制反诉符合当事人之诉讼心理

从消极确认之诉起诉必须符合诉之利益的视角来看,消极确认之诉在提出时双方当事人对其之间的法律关系的认识必然发生了分歧,无法形成一致意见。故当一方当事人提起消极确认之诉,希望彻底否定双方之间法律关系时,另一方当事人若不谨慎应诉,可能导致自己的权利完全丧失,故消极确认之诉通常被视为具有“强制攻击”的机能。^[17]作为消极确认之诉的被告方,出于尽早稳定双方法律与实现自身权利考虑,绝大多数情形下不会仅停留于对双方法律关系进行确认的层面,必然会基于该法律关系向对方当事人提出给付的请求,无论双方的纠纷是基于侵权还是违约兼同。因此,若主张法律关系不成立的当事人提起消极确认之诉时,特别是其可能败诉时,主张该法律关系成立的被告提出给付之诉寻求停止侵权、赔偿损失或其他给付内容,符合正常经济人的理性思维。既然权利人将来必然或者绝大多数情况下都会提起给付之诉,要求其在对方提起的消极确认之诉的本诉中以反诉的形式交由法院一并审理,这样既符合其诉讼愿望,又能使纠纷在短时间内得到解决。因而,无论是从实体之公正、公平,还是从程序之效率而言,消极确认之诉中实行强制反诉制度都是满足此要求的。

(二) 消极确认之诉强制反诉之失权效

根据失权效理论,当事人一方怠于行使诉讼权利,致使对方当事人以为已经不会再行使后,再行使该项权利的,应视为违反诚信原则予以禁止。对于强制反诉制度而言,如果在诉讼程序能够充分保障被告反诉权行使的前提下,被告怠于

行使该权利,则理应对其产生失权后果,以保护原告的信赖利益,维护诉讼的安定和审判的权威。^[18]因此,若在消极确认之诉中建立强制反诉制度,意味着被告若怠于行使权利,诉讼中不及时提出给付之诉的反诉,法院即使最终认定争议法律关系成立,被告也不能再基于该法律关系向对方主张给付内容的要求。

当然,若在消极确认之诉中建立强制反诉制度,考虑到我国国情,为了避免当事人因当事人诉辩能力上的不足而造成诉讼权利的缺失,需要法院在此类案件审理过程中行使释明权,告知当事人反诉之权利以及失权的后果,充分维护双方当事人的合法权益,否则有违诉讼平等原则之要求。法院未履行告知义务导致当事人未及时提起反诉时,该事由也应构成上级法院推翻一审判决的理由。

注释:

- [1] 文哲、余晖:《对知识产权确认不侵权之诉的分析》,《人民司法》2006年第1期,第96页。
- [2] 王锡三:《资产阶级国家民事诉讼法要论》,西南政法学院法律系诉讼法教研室,1986年,第236页。
- [3] [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,第203页。
- [4] 参见台湾高法院判例50年上字第232号判决。
- [5] 陈计男:《民事诉讼法论》,三民书局,2006年,第219页。
- [6] 杨建华:《民事诉讼法》,三民书局,1987年,第282页。
- [7] 其规定为“婚姻无效、确认婚姻成立或不成立、撤销婚姻、离婚或夫妻同居之诉,得合并提起,或于第一审或第二审言词辩论终结前,为诉之变更、追加或提起反诉。依前项规定得为诉之变更、追加或提起反诉者,不得另行起诉,其另行起诉者,法院应以裁定移送于诉讼系属中之第一审或第二审法院合并裁判。受移送之法院不得以违背专属管辖为理由,移送于他法院。”
- [8] [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社,2007年,第698页。
- [9] 分别是第51条“原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求,有权提起反诉”;第59条“授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉,必须有委托人的特别授权。”;第140条“原告增加诉讼请求,被告提出反诉,第三人提出与本案有关的诉讼请求,可以合并审理。”;第143条“原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理;被告反诉的,可以缺席判决。”
- [10] [日]兼子一、竹下守夫,《民事诉讼法》,白绿铤译,法律出版社,1995年,第46页。
- [11] 参见上海市第一中级人民法院(2007)沪一中民五(知)初字第192号《民事判决书》。
- [12] 参见福建省福州市中级人民法院(2006)榕民初字第46号《民事判决书》。
- [13] 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78页。
- [14] 张卫平:《重得诉讼规则研究:兼论“一事不再理”》,《中国法学》2015年第2期,第57页。
- [15] 毕玉谦等:《民事诉讼法研究与立法论证》,人民法院出版社,2006年,第717页。
- [16] Vivid Technologies, Inc. v. American Science & Engineering, Inc., 200F.3d 795.
- [17] [日]山下满:《債務不存在確認訴訟における實情と問題點》,《現代民事裁判の課題》,1989年,第532页。
- [18] 乔欣、王克楠:《强制反诉与我国反诉制度之完善》,《法律科学》2003年第4期,第90页。

[责任编辑:禾平]