

## 诉讼法与实体法交互视域下的必要共同诉讼

蒲一苇

**内容提要:**在实体法和诉讼法交互影响下,大陆法系的必要共同诉讼经历了漫长的演变过程而逐渐由扩张趋向限制,其历史沿革、制度构成以及学说发展对我国必要共同诉讼制度颇具借鉴意义。我国的必要共同诉讼在“二分法”立法模式下极度泛化,制度和实务运作上呈现出非规范性和非程序性的状态,与实体法原理多有抵触,在类似必要共同诉讼的引入和适用上也存在误识,并未根本解决必要共同诉讼的泛化问题。未来的发展方向应当回归大陆法系的规范模式,一方面,在类型划分的基础上,以“合一确定的必要”为基准对必要共同诉讼进行限定,并进而调整立法模式和完善程序规则;另一方面,结合我国有关立法和司法解释对固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼进行类型梳理,澄清误识,为司法实务的规范适用奠定基础,以促使必要共同诉讼在体系化、规范化的制度上予以运作和发展。

**关键词:**固有必要共同诉讼 类似必要共同诉讼 诉讼标的 既判力扩张

蒲一苇,宁波大学法学院教授。

共同诉讼,是指在同一诉讼程序中,当事人一方或者双方为两人以上的诉讼形态。因在主体上出现复数,与诉的客观合并相对应,学说上也称为“诉的主观合并”。尤其是必要共同诉讼,基于判决合一确定的必要性而实行诉讼资料和诉讼进程的统一化,必然强化共同诉讼的强制性和当事人之间的牵制性,不仅使得诉讼关系以及审理程序更趋复杂,而且与民事诉讼所奉行的处分权主义相互抵触。在以德日为代表的大陆法系民事诉讼中,对究竟在什么情形下诉讼标的须在共同诉讼人合一时才能得以确定,不同时代有着不同的观点。几经演变和发展,必要共同诉讼由最初立足于实体法的角度得以广泛适用,经由诉讼说的调整而逐步限缩和分化,并最终形成分别依据实体法和诉讼法基准予以严格限定的二元化结构,奠定了现行的制度形态和学说体系。

在我国,必要共同诉讼的制度和实务运作长期处于一种非规范性、非程序性的状态。尤其是在职权主义以及追求纠纷解决的一次性、彻底性的诉讼理念下,必要共同诉讼在司法实务中极度泛化,在程序与实体、司法与理论之间产生了诸多的隔阂和冲突。尽管随着

理论研究的推进,合一确定的概念、类似必要共同诉讼理论逐渐引入,但并未从根本上改变目前的制度模式和泛化问题,学理和实务上也存在一定误识和分歧。因此,探究必要共同诉讼的分化和限定路径,促使我国必要共同诉讼在体系化、规范化的制度上予以运作和发展实属必要。

## 一 我国必要共同诉讼的制度和运作状况

在我国传统的制度和理论中,对必要共同诉讼的界定与德日等大陆法系国家存在着较大差异。德日的必要共同诉讼以“合一确定”的概念为基础,并由此限定了其适用范围、类型构成和程序规则,而我国则以“诉讼标的共同”作为必要共同诉讼本质特征,其适用范围十分宽泛,加上制度的过于简约和理论的滞后,使得必要共同诉讼的司法适用存在非规范性、非程序性的现象,程序与实体的脱节,司法与理论抵触,滋生了诸多的混乱和问题。

### (一)“二分法”模式下必要共同诉讼的极度扩张

从 1982 年的试行民事诉讼法到 2012 年的民事诉讼法,我国关于共同诉讼的规定基本没有变化,基本特点是采取“二分法”模式,具体包括三个方面的内容:(1)以诉讼标的共同或同种类为标准,将共同诉讼区分为必要共同诉讼和普通共同诉讼两种类型;(2)在内部关系上,必要共同诉讼采取“协商一致原则”,普通共同诉讼则实行“独立原则”;(3)确立了必要共同诉讼人的追加制度,对必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,法院应当通知其参加诉讼。由于立法和学理上对必要共同诉讼并无类型划分,必要共同诉讼均属于不可分之诉,实则相当于大陆法系中的“固有必要共同诉讼”。

在“二分法”的立法模式下,我国的必要共同诉讼出现扩张化现象,并呈现出两个不同于德日等国的突出特点:

其一,在必要共同诉讼与普通共同诉讼的定位上,二者形成相互并立的关系。“二分法”模式的关键问题不在于类似必要共同诉讼的缺失,而在于对共同诉讼采取了“一分为二”的做法,将必要共同诉讼和普通共同诉讼切割为两个完全独立的制度类型。按照大陆法系的立法体例,普通共同诉讼是共同诉讼的一般形态,必要共同诉讼则为特别规定,<sup>[1]</sup>因而普通共同诉讼的范围十分宽泛,其包容性也比较强,形成严格限定必要共同诉讼而宽松解释普通共同诉讼的格局。<sup>[2]</sup> 在我国的“二分法”模式下,必要共同诉讼与普通共同诉讼之间却是泾渭分明,并无依托关系。而且,由于普通共同诉讼被限定为“诉讼标的同种类”的情形,其适用范围十分狭窄,反而不如必要共同诉讼包容性强,这就为必要共同诉讼的泛化提供了基础,导致两种共同诉讼在适用范围上与大陆法系呈现出相反态势。

其二,在必要共同诉讼界定上,以“诉讼标的共同”为判断基准,而非“合一确定的必

[1] 因而必要共同诉讼也被称为“特别共同诉讼”。参见王甲乙等著:《民事诉讼法新论》,台湾地区广益印书局(台北)1999年版,第301页。

[2] 大陆法系的学说和实务在解释普通共同诉讼时多持宽容态度,一些不符合主观要件的情形也可以作为普通共同诉讼处理,比如债权人以债务人和保证人为共同被告提起的共同诉讼。参见姚瑞光著:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第78页。

要”。由于理论上对“诉讼标的共同”的解释比较宽松,使得必要共同诉讼在司法适用中出现扩张。根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)、《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称《民诉法司法解释》)等司法解释的规定,只要在实体法上具有共同关系或者连带关系,均被纳入必要共同诉讼的范畴,具体包括挂靠关系、共有、合伙、共同继承、连带债务、保证合同、共同侵权等。而且因缺乏对具体案型以及纠纷状态的细化研究,实务中对“诉讼标的共同”往往是一种简单、粗放式的把握,并与实体法原理常生抵触,<sup>[3]</sup>学界对此多有批评。

我国必要共同诉讼的扩张化有其历史和现实原因。从制度源流来看,我国的共同诉讼制度沿袭自苏联,没有经历过大陆法系从扩张到限缩的漫长演变过程,而苏联民事诉讼中宽泛化界定必要共同诉讼和强调法院合并审理职能的观念对我国的必要共同诉讼产生了深刻的影响。<sup>[4]</sup>从司法实践来看,长期存在着注重纠纷解决的彻底性而轻忽程序保障的倾向,尤其是在追求实质正义的观念下,对矛盾裁判的容许度比较低而特别注重合并审理的职能,往往容易忽略实体法原理和程序正当性,法院可以追加无独立请求权第三人参加诉讼并直接判决其承担民事责任,就是典型例证。在这种倾向下,必要共同诉讼所具有的简化程序、避免矛盾裁判的功能就格外受青睐。这些诉讼观念不仅导致必要共同诉讼的泛化适用,还使得必要共同诉讼的运作产生以下两个问题:

其一,追加当事人的强制性和不规范性。大陆法系的民事诉讼法之所以不强化共同诉讼的必要性,目的在于尽量消减固有必要共同诉讼的负效应,避免因要求所有共同诉讼人须一并诉讼而阻碍权利救济。但在我国,由于允许法院依职权追加必要共同诉讼人,在很大程度上消除了这个阻碍,这是必要共同诉讼能够得以广泛适用的一个重要原因。但这一做法却使得我国的必要共同诉讼带有浓厚的职权主义色彩,除当事人明确表示放弃实体权利的以外,法院均可追加为共同诉讼人,严重妨碍当事人的诉讼自主性。而且是否予以追加取决于法院的裁量,而实务中法院的做法并不一致,<sup>[5]</sup>往往采用实用主义的策略,立足于案件基本事实的查明,在“必要共同诉讼和普通共同诉讼之间跳跃”。<sup>[6]</sup>

其二,审理和裁判的非程序性。由于必要共同诉讼适用于过于宽泛,导致涉及案件类型比较复杂,一些案件中共同诉讼人相互之间亦存在独立请求,故此,我国审理必要共同诉讼程序规则就比较宽松,并未对诉讼进程的统一性作出要求,而仅规定了“协商一致原

[3] 例如,在按份共有的情形,基于共有人之间法律关系、共有人之间的约定、共有物是否可分等复杂因素,因按份共有财产权被侵害发生的诉讼是否为必要共同诉讼不能一概而论,需要依据物权法的相关规定,结合不同案情来具体分析,比如按份共有人因优先购买权受到侵害而提起的诉讼就不属于必要共同诉讼。鉴于共有财产纠纷诉讼形态的复杂性,大陆法系学理上通常区分为共有人内部争议、共有人作为原告、共有人作为被告等情形,并分别针对具体案型予以研判。参见[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第542-546页。

[4] 参见卢正敏著:《共同诉讼研究》,法律出版社2011年版,第67页。

[5] 这种情况在涉及共有、多数人侵权的案件中尤为常见,以两起涉及侵害夫妻共同财产权利的案件为例,在夫妻中的一方单独起诉时,其中一起案件中一审法院驳回了起诉并未追加其配偶为共同原告,而二审法院则认为一审法院应当追加共同原告并撤销了裁定,参见最高人民法院(2016)最高法民申2634号民事裁定书;而另一起案件中法院则允许共有人单独起诉,并作出了胜诉判决,参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民再终字第7209号民事判决书。

[6] 参见卢佩:《多数人侵权纠纷之共同诉讼类型研究——兼论诉讼标的之“案件事实”范围的确定》,《中外法学》2017年第5期,第1239页。

则”。按此原则,共同诉讼人中一人的诉讼行为仅对同意该行为的其他共同诉讼人生效,对不同意的共同诉讼人则不发生效力,并不要求各共同诉讼人的诉讼行为保持一致,这显然难以保障判决的统一性。从最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第 319 条关于必要共同诉讼人提起上诉的规定也可以看出,实务中并未要求判决内容对各共同诉讼人都相同,因而不仅允许共同诉讼人一人或者部分人提起上诉,而且允许对其他共同诉讼人提起上诉,并将其他共同诉讼人列为被上诉人。由此可见,在我国必要共同诉讼的实务运作中,对裁判统一性的追求,更注重的是纠纷解决的一次性、彻底性,而不是裁判内容的一致性,其目的主要在于避免后续的诉讼和裁判。这种审理和裁判规则显然不符合“判决合一确定”基本原理,也使得必要共同诉讼的实务运作表现出非程序性的特征。

## (二) 类似必要共同诉讼的引入与必要共同诉讼的“缓和化”

20 世纪 90 年代末以来,必要共同诉讼制度泛化问题逐渐引起了学界的关注,最初引发学者讨论的主要是连带债务的共同诉讼性质问题。在司法实务中,连带债务纠纷一直被作为必要共同诉讼的主要类型,要求将全体债务人列为共同被告,否则法院应予以追加。而根据《民法通则》第 87、178 条的规定,连带债务的债务人均负有履行全部债务的义务,债权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。因此,债权人进行诉讼时也应当可以分别进行主张,无须以全体债务人为共同被告。将连带债务诉讼作为必要共同诉讼,实际上是强制债权人须对全体债务人一次主张全部请求,显然违背了实体法原理。而且,由于债权可以分别进行主张,其诉讼标的并非共同,特别是那些基于不同法律关系而产生的连带责任,显然不符合必要共同诉讼的条件。鉴于此,学者主张借鉴大陆法系的诉讼理论对必要共同诉讼进行类型划分,并将连带债务的共同诉讼作为类似必要共同诉讼,允许债权人选择提起单独诉讼或者共同诉讼,以与实体法原理相协调。<sup>[7]</sup>

学说的观点逐渐对实务产生了影响并得到司法解释的认可。《民事诉讼法司法解释》则将挂靠关系、追究被代理人 and 代理人连带责任等诉讼作为类似必要共同诉讼,不再要求必须列为共同被告。最高人民法院的权威解读意见也指出,连带责任诉讼属于类似必要共同诉讼,因而连带责任人不属于必须参加诉讼的当事人。<sup>[8]</sup> 此外,类似必要共同诉讼在解决公司内部纠纷方面的优越性也逐渐受到关注,2017 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》把解散公司诉讼和公司决议诉讼均确定为类似必要共同诉讼。

虽然类似必要共同诉讼在我国实务中得到了广泛认可,在学界也基本成为通说,但这一制度及其理论在我国尚不成熟,甚至存在一定误识并出现扩大化倾向。

首先,我国对类似必要共同诉讼的引入带有一定的目的性,主要是借助其灵活性来解决实务中强制连带债务人参加诉讼与实体法原理相抵触的问题,因而更注重的是这种必要共同诉讼既无“共同诉讼必要”的强制性,又能实现合并审理和裁判的特点,而往往忽略了其以既判力扩张为基础的制度机理,导致在理解和适用上有失偏颇。《民事诉讼法司法解释》将涉

[7] 参见肖建华:《论共同诉讼的分类理论及实践意义》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第 6 卷),法律出版社 2001 年版;牟道媛、金权:《论类似的必要共同诉讼在个案中的适用——一起连带债务之诉的思考》,《法学》2003 年第 7 期。

[8] 沈德咏主编:《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 783 页。

及连带责任的纠纷均归入类似必要共同诉讼的范畴,这与德日民事诉讼理论和实务通说并不一致。尽管近年不断有学者开始澄清,指出连带责任诉讼并无判决合一确定的必要性,<sup>[9]</sup>但已经很难扭转实务中将连带责任诉讼视为类似必要共同诉讼典型形态的认知。

其次,按照大陆法系的通说,类似必要共同诉讼是因既判力扩张而发生的共同诉讼。由于既判力理论和制度在我国尚未真正确立,既判力扩张也并未制度化,使得类似必要共同诉讼的适用缺乏足够的制度和理论支持,因而出现标准模糊、范围不清的现象。例如,关于股东根据利润分配方案请求分配利润的诉讼性质问题,最高人民法院的有关解释一方面指出这种诉讼的诉讼标的并非共同,另一方面又认为,由于各股东的利润分配请求权产生的依据均为公司股东大会的决议,能否获得支持取决于决议的效力认定,因而作为类似必要共同诉讼处理更为合理。<sup>[10]</sup>此种解释显然是把具有共同争点情形也纳入类似必要共同诉讼的范畴,而并非以既判力扩张作为判断基准。将连带责任纠纷作为类似必要共同诉讼其实也存在同样的问题,表明实务上有宽松把握判断基准并扩大类似必要共同诉讼的倾向。

实际上,类似必要共同诉讼的引入,虽然能在一定程度上缓和必要共同诉讼扩张与处分原则之间的紧张关系,但并不能对现有的必要共同诉讼起到分化和限缩的作用。这是因为我国在相当长的时间内,不仅学理上没有类似必要共同诉讼的概念,实务中亦无相关案型。故此,在“二分法”的立法模式下,引入类似必要共同诉讼所作的类型化改造并未突破必要共同诉讼与普通共同诉讼之间的藩篱,也不能根本解决必要共同诉讼的泛化问题。

## 二 我国必要共同诉讼的体系化和规范化路径

尽管渊源不同,我国的共同诉讼制度在基本原理和制度构成上与大陆法系比较接近,因而借鉴大陆法系的制度和理论体系来对我国的必要共同诉讼制度进行重整和完善,无疑是比较便捷和稳妥的选择,近年来的理论研究和制度发展也在朝着这个方向迈进。因此,回归大陆法系的规范模式,以“合一确定的必要”作为必要共同诉讼的判断基准,在此基础上进行整体限缩和合理分化,重新确定不同共同诉讼的界限以及相对应的程序规范,是未来制度发展的必由之路。

### (一) 由分化到限制:必要共同诉讼的限缩路径

从大陆法系制度沿革来看,必要共同诉讼经历了“限制—分化”的发展过程,其必要共同诉讼的界定是通过两个层次来完成的:首先以“合一确定的必要”为基准划定外部边界,即区分必要共同诉讼和普通共同诉讼,然后再以“共同诉讼的必要”为基准对必要共同诉讼进行内部划分。<sup>[11]</sup>不过,笔者认为,对我国必要共同诉讼的限缩应沿着“分化—限制”的路径展开,即在分化的基础上,通过分别确定两种必要共同诉讼的判断基准来限定

[9] 类似的论述比如卢正敏著:《共同诉讼研究》,法律出版社2011年版,第196-199页;段文波:《德日必要共同诉讼“合一确定”概念的嬗变与启示》,《现代法学》2016年第2期。

[10] 最高人民法院民事审判庭编著:《最高人民法院公司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第295-296页。

[11] 德国的划分依据有所不同,是以合一确定的原因为基准,将必要共同诉讼分为实体法上的必要共同诉讼和诉讼法上的必要共同诉讼。虽然分类方法和称谓不同,但从制度基础、诉讼形态来看并无本质差异。

必要共同诉讼的范围。理由有二:一是我国的理论和实务已经普遍认可了类似必要共同诉讼,必要共同诉讼的分化已初步成型;二是固有必要共同诉讼与类似必要共同诉讼虽然同属于合一确定的共同诉讼,但由于合一确定的产生基础不同,二者各有不同的判断标准,需要分别予以确定和把握。

### 1. 实体法视角下固有必要共同诉讼的界定

在我国,限缩必要共同诉讼的关键是限定固有必要共同诉讼的范围,因为我国必要共同诉讼的泛化,实则为固有必要共同诉讼的过度扩张适用。关于固有必要共同诉讼的界定,大陆法系学说上有“管理权说”(实体法说)与“利益衡量说”的对立。<sup>[12]</sup>管理权说为传统通说,以实体法为出发点,倾向于尽量限缩固有必要共同诉讼;而利益衡量说则强调从诉讼的角度灵活把握固有必要共同诉讼,以促进固有必要共同诉讼适用的弹性化、积极化。

固有必要共同诉讼源自日耳曼法的“诉讼团体”,是一种数人因实体权利义务紧密结合而形成的不可分之诉,即所谓“惟合一乃确定”的诉讼形态,其共同诉讼的必要性与判决效力的范围均以实体法上权利的共同处分或共同行使为基础。从这个意义上说,德国学理上将之称为“实体法上的必要共同诉讼”的确更能揭示其特性。而且就我国目前的制度状况而言,重要的不是标准宽泛把握而是严格限定,不是制度的弹性化而是制度的规范化。因此,以实体法说为原则来确定固有必要共同诉讼的范围是比较合理和可行的路径。按照实体法说,固有必要共同诉讼是只有全体共同诉讼人共同行为才具有诉讼实施权的诉讼,必须数人一同起诉或一同被诉才具有当事人适格。其“共同诉讼的必要”实质涉及当事人适格的判断,而根据当事人适格理论,当事人诉讼实施权的基础是实体法上的管理处分权,因而固有必要共同诉讼的基本判断标准即是数人对诉讼标的在实体法上是否具有共同的管理处分权,以实体法上的共同处分权为基准来界定共同起诉或被诉的必要性,由此将固有必要共同诉讼严格限制于对纷争统一解决具有强烈需求的案件类型。

### 2. 诉讼法与实体法视角下类似必要共同诉讼的界定

类似必要共同诉讼是指数人对诉讼标的各有独立的实施诉讼权能,不必共同起诉或者应诉,但一旦共同起诉或共同应诉,裁判就必须对全体共同诉讼人合一确定的共同诉讼。从制度形态来看,类似必要共同诉讼与固有必要共同诉讼的共性在于合一确定必要性,差异在于共同诉讼的必要性。如果仅从这一角度来观察和定位,就很容易将类似必要共同诉讼视为固有必要共同诉讼的“调和机制”,从而形成“如果强制共同进行诉讼不甚合理就作为类似必要共同诉讼处理”的观念,<sup>[13]</sup>从而导致类似必要共同诉讼的宽泛化。因此,在类似必要共同诉讼的界定上,不能片面强调各共同诉讼人是否具有独立的诉讼实施权。

按照大陆法系通说,类似必要共同诉讼“合一确定”的基础是既判力扩张,因而德国学理上将这种必要共同诉讼称为“诉讼法上的必要共同诉讼”。其原理在于:既然其中一

[12] 参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第209页。

[13] 学者观点也表现出这种不拘泥于既判力扩张而宽泛把握类似必要共同诉讼的态度,参见段文波:《共有财产涉讼类型化解》,《国家检察官学院学报》2016年第2期。

人单独诉讼所受判决的既判力也及于其他未参与诉讼的人,那么在其他人共同进行诉讼时,法院自然不能作出内容歧异的裁判。不过,在既判力扩张时也并非均能形成类似必要共同诉讼。故此,类似必要共同诉讼的判断基准应包含当事人适格和既判力扩张两个维度,并分别从实体法和诉讼法上予以界定:其一,各共同诉讼人在实体法上是否具有独立的诉讼实施权;其二,共同诉讼人之间在诉讼法上是否存在既判力的扩张。

## (二)立法模式和程序规则的调整

在厘清了必要共同诉讼的判断基准和范围后,以此为基础,在立法模式和审理程序上应作相应的调整和构造,以形成协调的制度体系。

### 1. 立法模式的调整与普通共同诉讼的重构

限缩必要共同诉讼的适用范围,必然会导致普通共同诉讼的扩大,否则难以容纳被“排除”于必要共同诉讼之外的共同诉讼。因此,作为限定必要共同诉讼的一个基础,在立法上应改变“二分法”模式,重新定位必要共同诉讼与普通共同诉讼的关系。具体方法是通过普通共同诉讼的重构,使之成为共同诉讼的基础制度,从而与必要共同诉讼形成一般规定与特殊规则的关系。

其一,在适用范围上,扩大普通共同诉讼的包容性。凡共同诉讼人间的诉讼标的不属于法律上必须“合一确定”的,均属于普通共同诉讼的范畴,具体包括诉讼标的共同、诉讼标的的基础相同(基于同一事实上原因或法律上原因)、诉讼标的的种类相同等情形,而不再局限于“诉讼标的同种类”的狭窄范围。

其二,在审理程序上,强化普通共同诉讼实现裁判统一性方面的功能。对普通共同诉讼进行扩容后,所适用的案件类型比较复杂,共同诉讼人相互之间的牵连性也会存在较大差异。对于共同诉讼人间关联性比较低的诉讼标的同种类的情形,并无统一裁判的必要;但对于共同诉讼人之间关联性比较高的情形,比如共同诉讼人间存在共同的争点,则在独立原则的基础上,可通过证据共通原则<sup>[14]</sup>以及法官的自由心证来促进诉讼资料的统一,从而避免作出矛盾判决。

### 2. “合一确定”标准下程序规则的构建

如前所述,我国目前的程序规则不仅过于简约,而且难以保证判决的合一确定,因而有必要予以调整。基于合一确定的原理,法院的“判决结果”对必要共同诉讼人必须一致,不能作出部分共同诉讼人胜诉、部分共同诉讼人败诉的判决。因此,在必要共同诉讼的审理程序上必然产生两项要求:即诉讼资料的统一性和诉讼进程的一致性,以确保共同诉讼人“同进同退、同胜同败”。

其一,诉讼进程的一致性。必要共同诉讼应适用同一个诉讼程序予以审理,不能分别辩论,法院也不能进行部分判决。因此,在期间的进行上也必须整齐划一,共同诉讼人中一人发生诉讼中止或者中断的事由,其诉讼中止或者中断的效力及于全体共同诉讼人。

其二,必要共同诉讼人之间行为的规制。我国目前实行的“协商一致原则”不仅有违

[14] 参见[日]三木浩一:《日本民事诉讼法共同诉讼制度及理论——兼与中国制度的比较》,张慧敏、臧晶译,《交大法学》2012年第2期,第127页。

合一确定的原理,而且任何行为都需要其他共同诉讼人同意,在程序上既繁琐且无必要。从大陆法系的立法例来看,德国民事诉讼法并未对必要共同诉讼人的行为作出特别规制,因而仍然实行独立原则,诉讼资料的统一是通过法官的自由心证来予以实现的;而日本和我国台湾地区则实行“有利原则”,以是否有利于全体共同诉讼人为标准来确定共同诉讼人的行为效力。两种立法例各有利弊,德国的做法虽然更具灵活性和适应性,但法官的裁量权较大,且对法官的要求比较高,相较之下,“有利原则”对我国而言更为适宜,即共同诉讼人中一人所为的诉讼行为,有利于全体共同诉讼人时对全体有效,不利时则对全体不生效力。

### 三 必要共同诉讼的类型化梳理

为便于司法实务的运用,根据必要共同诉讼的类型界分和相关原理,结合我国的有关立法和司法解释进行系统梳理,确定两种必要共同诉讼的具体适用范围并澄清误识,无疑是十分必要的。必要共同诉讼的适用是一个十分复杂的问题,限于篇幅,本文仅作初步梳理和分析,以作引玉之砖。

#### (一) 固有必要共同诉讼的具体类型

如前所述,固有必要共同诉讼是指数人因在实体法上具有共同的权利义务而必须一并起诉或应诉的情形,其范围非常狭窄,结合我国的有关规定,具体包括以下几种类型:(1) 第三人对他人间法律关系提起的形成之诉,由于该法律关系的双方主体的利害关系紧密结合在一起,不得个别进行诉讼而必须成为共同被告。典型案型是债权人依据《合同法》第 74 条提起的撤销权诉讼,如果是针对债务人与第三人(受让人)间的法律行为,应当以债务人和受让人为共同被告。<sup>[15]</sup> (2) 第三人对他人间身份关系提起的确认之诉,如利害关系人申请宣告他人婚姻无效的诉讼,应以婚姻关系的双方当事人为被申请人(《婚姻法解释(二)》第 6 条)。(3) 涉及数人共同管理处分或执行职务的诉讼,例如,破产管理人为数人、诉讼代表人为数人等情形,发生诉讼时必须成为共同诉讼人,其目的在于通过数名职务执行人相互间的牵制来适当控制管理和处分行为。(4) 涉及共同共有关系的诉讼。

在一些特定的案件中,对于数当事人是否具有共同的管理处分权,需要结合实体法原理、纠纷的形态以及诉讼政策等因素来予以研判。关于固有必要共同诉讼的适用范围,以下几种纠纷类型值得进一步探讨:

#### 1. 共有财产权纠纷

关于涉及共有财产权的诉讼,过去我国实务中均作为固有必要共同诉讼处理,但涉及共有关系的纠纷形态十分复杂,一律作为固有必要共同诉讼处理并不合理。在日本,最初将涉及共有物的诉讼都作为固有必要共同诉讼,但这样一来只要有一个共有人欠缺就会造成诉不适法,在多数情况下有所不妥。故此,日本大正时期判例依据民法上的份额权理论,将共有关系区分为涉及所有共有人的全体性关系与涉及共有人个人的部分性关系,并

[15] 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(一)》(下称《合同法解释(一)》)第 24 条将受让人作为第三人,显然不当。

将共有人主张其持份权及其他权利的诉讼作为普通共同诉讼处理。<sup>[16]</sup>此后,判例还进一步采用民法上的保存行为、不可分债权和债务理论,将一些涉及共有关系的诉讼排除在固有必要共同诉讼之外。例如,认为共有物的排除妨碍之诉属于保存行为,因而各共有人可以单独提起诉讼。<sup>[17]</sup>

我国近年来实务中的做法逐渐有所改变,在一些特定案件中允许一个或者部分共有人提起诉讼,例如共同财产被他人侵害的案件、<sup>[18]</sup>按份共有人主张持份权的案件等。<sup>[19]</sup>《民诉法司法解释》第72条也转变了立场,对涉及共有权的纠纷不再要求“应当”将其他共有人列为共同诉讼人,而是应该结合物权法相关规定以及当事人的约定,审查判断是属于共同共有还是按份共有,判断是必要共同诉讼还是普通共同诉讼。<sup>[20]</sup>这些变化表明判例和司法解释改变了过去“一刀切”的做法,并限定了固有必要共同诉讼的适用,无疑是值得肯定的。不过,该司法解释的规定还存在局限性,一则只规定了“共有财产权受到他人侵害”这种单一案型,二则表述也比较原则化,不具有操作性。关于涉及共有关系的诉讼是否构成固有必要共同诉讼非常难于把握,须根据共有关系的类型、纠纷的形态、争议的主体及其具体的诉讼主张等予以判断。笔者认为,日本实务中的二元化处理方法值得借鉴,即根据纠纷的具体情况,区别共有权和持份权来予以分别判断,原则上只有涉及全体共有人利益的共有权关系时,如分割共有物的诉讼、涉及处分或管理共有物的诉讼等,才构成固有必要共同诉讼。<sup>[21]</sup>

## 2. 一般保证合同纠纷

对于一般保证合同纠纷,我国实务中一般是作为固有必要共同诉讼处理的,但也有例外。根据《民诉法司法解释》第66条的规定,有两种情况是固有必要共同诉讼:一是债权人向保证人和被保证人一并主张权利的,应当将保证人和被保证人列为共同被告;二是债权人仅起诉保证人的,法院应当将被保证人追加为共同被告。如果债权人仅起诉债务人,则可以只列被保证人为被告。也即是否构成固有必要共同诉讼,关键看债权人是对保证人还是被保证人提起诉讼。该司法解释中不允许单独起诉保证人,<sup>[22]</sup>主要是因为一般保证人享有先诉抗辩权,如果先就保证债务进行审理和裁判就违背先诉抗辩权的原理,因而要将主债务一并审判,以便在判决书中明确只有在对债务人的财产强制执行后仍不能实现债权时,才由保证人承担保证责任。但是,在一般保证合同纠纷中存在主债务和保证债

[16] 参见[日]兼子一、竹下守夫著:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第190页。

[17] 参见[日]中村英郎著:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第78页。

[18] 参见“吴家根与吴家成财产损害赔偿纠纷”,上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民一(民)再字第6号民事判决书。该案系争的房屋属于五人共有,在其中两个共有人擅自改建房屋而侵害其他共有人的共有权时,法院允许其中一个共有人单独对一个侵害人提起诉讼。

[19] 参见“丁翠萍、丁翠花、丁翠珍与何建良、丁小尊共有权确认纠纷”,上海市高级人民法院(2016)沪民申1442号民事裁定书。该案中,在其中三个共有人对共有房屋的拆迁补偿款主张其份额而起诉部分共有人时,法院没有将其他三个共有人追加为共同被告。

[20] 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第269页。

[21] 例如,在姚国洪、马忠芬与张玉先、姚宇丹等共有物分割纠纷案中,法院分别将两位未参加诉讼的共有人追加为共同诉讼人。参见四川省高级人民法院(2016)川民申1274号民事裁定书。

[22] 实务中有的法院在债权人没有起诉债务人直接起诉一般保证人时,驳回了债权人的诉讼请求。参见甘肃省张掖市中级人民法院(2017)甘07民终743号民事判决书。

务两个债务关系,诉讼标的并非同一,债权人可以分别主张,而且法院对两个债务可以作出不同判决。例如根据《担保法》第 30 条的规定,在债权人和债务人恶意串通骗取保证人提供保证时,保证人不承担担保责任,此时判决结果就可能是主债务有效而保证债务无效,而非同胜同败。<sup>[23]</sup>由此可见,一般保证合同纠纷并不具有判决合一确定的必要,即使债权人对债务人和保证人一并提起诉讼,也应当属于普通共同诉讼。

### 3. 涉及按份责任的纠纷

关于按份责任纠纷的共同诉讼形态,我国实务中的做法不统一,呈现出多样化、任意化的特点,有的作为固有必要共同诉讼,因而在权利人起诉部分责任人时法院会追加其他责任人为共同被告;<sup>[24]</sup>有的则允许仅起诉部分责任人,而不予以追加。<sup>[25]</sup>学界对此也见仁见智,观点不一,有的认为应该构成固有必要共同诉讼;<sup>[26]</sup>有的提出应采取特殊化、具体化的解释路径,分别按照固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼处理;<sup>[27]</sup>还有学者将数人侵权的诉讼分为整体型、选择型和个别型三种模式,主张按份责任应采取选择型诉讼模式。<sup>[28]</sup>

学者间之所以存有分歧,原因在于按份责任的发生往往基于法律或者事实上的牵连关系,尤其是按份侵权责任的情形,在案件事实查明和责任份额的确定上具有密切关系,如果允许分别起诉,则对原因力及过错比例大小的认定可能对其他责任人不<sup>[29]</sup>利。但笔者认为,如果是出于查明案件事实和确定责任份额的考虑,让未被诉的按份责任人作为证人或者第三人参加诉讼亦能予以解决,并无必须强制其共同进行诉讼的必要。当然,这种具有牵连性的纠纷若能一并进行诉讼自然有利于纠纷的一次性解决,但并不能以此理由干涉权利人诉讼的自主性,应由权利人权衡利弊而决定是否提起共同诉讼,而且作为普通共同诉讼处理也并非不能实现裁判的统一性。

#### (二) 类似必要共同诉讼的具体类型

类似必要共同诉讼是基于诉讼法上既判力扩张的效力而形成的必要共同诉讼,目的是避免矛盾裁判,德日等国关于其范围并无统一界定,主要发生于对作为诉讼标的权利人均有权独立行使的情形。<sup>[30]</sup>在我国,直至 20 世纪 90 年代末以后才开始出现类似必要共同诉讼的规定,此前的立法或者司法解释对此类诉讼均无关注。<sup>[31]</sup>参照大陆法系

[23] 参见上海市高级人民法院(2000)沪高经再终字第 4 号民事判决书。

[24] 参见甘肃省庆阳市中级人民法院(2013)庆中民终字第 436 号民事判决书。该案中,原告原本撤回了对其中一个按份责任人的起诉,但法院在审理中认为该人为实际侵权人之一,应当追加其为被告。

[25] 类似的案例参见长春市中级人民法院(2017)吉 01 民终 2780 号民事判决书、龙岩市中级人民法院(2016)闽 08 民终 1158 号民事判决书、最高人民法院(2010)民提字第 39 号判决书等。

[26] 参见段文波:《德日必要共同诉讼“合一确定”概念的嬗变与启示》,《现代法学》2016 年第 2 期,第 160 页。

[27] 参见宋春龙:《侵权按份责任诉讼形态研究——以〈侵权责任法〉第 12 条的司法适用为中心》,《现代法学》2017 年第 5 期。

[28] 参见肖建国、黄忠顺:《数人侵权责任诉讼模式研究》,《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期。

[29] 最高人民法院 2003 年的《人身损害赔偿解释》第 13 条第 2 款规定:“二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”

[30] 从学者的总结来看,德国诉讼法上的必要共同诉讼在具体适用范围上较之日本、台湾地区的类似必要共同诉讼要宽泛一些。参见[德]狄特·克罗斯林著:《德国民事诉讼法法律与实务》,刘汉富译,法律出版社 2000 年,第 275 页。

[31] 比如 1999 年颁布的《合同法》分别于第 73、74 条规定了债权人的代位权和撤销权,最高人民法院 1999 年《合同法解释(一)》第 16 条第 2 款、第 25 条第 2 款分别规定了债权人的代位权和撤销权诉讼,这可能是我国最早涉及类似必要共同诉讼的规定。

学者的分类方法,<sup>[32]</sup>从我国有关实体法和司法解释来看,大致有两种类型:

其一,数当事人请求变动同一法律关系的共同诉讼,这是类似必要共同诉讼的典型形态,主要是公司内部诉讼,具体包括:(1)数名股东请求解散公司的诉讼(《公司法》第182条);<sup>[33]</sup>(2)股东、董事、监事等请求确认股东大会、董事会决议无效或者不成立的诉讼(《公司法》第22条、《公司法解释(四)》第1条);(3)数名股东提起撤销股东大会、董事会决议的诉讼(《公司法》第22条、《公司法解释(四)》第2条)。<sup>[34]</sup>这类诉讼中,数人对于一定法律关系的变动各自具有独立的诉讼实施权,均可以单独提起诉讼。在其中一人单独起诉而获得胜诉判决时,基于形成判决的对世效力,该判决效力扩张及于未起诉的其他人。因此,数人共同起诉时在法律上即有合一确定的必要。

其二,数当事人基于相同法律关系请求相同给付的共同诉讼,具体包括:(1)数名股东提起的股东代表诉讼(《公司法》第151条、《公司法解释(四)》第24条);<sup>[35]</sup>(2)数名债权人提起的代位权诉讼(《合同法解释(一)》第16条);<sup>[36]</sup>(3)数名债权人提起的撤销权诉讼(《合同法解释(一)》第25条)。在两名以上债权人提起撤销权诉讼的场合,在被告一侧,债务人与受让人构成固有必要共同诉讼;在原告一侧,数名债权人构成类似必要共同诉讼,因而形成固有必要共同诉讼与类似必要共同诉讼交叠的现象。<sup>[37]</sup>

关于连带责任纠纷,其诉讼标的并非同一,通常也无既判力的扩张,因而并非类似必要共同诉讼,已如前述,不再赘言。值得一提的是,我国的债权人代位权诉讼具有一定的特殊性。按照诉讼原理,既判力的正当性基础在于程序保障原理,即赋予了当事人主体地位以及充分的攻击防御机会,或者其利益在诉讼中以为具有共同利益者所充分代表。在大陆法系的代位权制度中,由于实行“入库规则”,债权人提起代位诉讼时只能主张向债务人履行,因而与其他债权人之间利益具有一致性,发生既判力扩张并无不当。但在我国,司法解释却采取了“直接受偿原则”,规定在代位权成立时由次债务人直接向债权人进行清偿,如此一来,债权人相互之间必然存在利益冲突,而非具有共同利益者,其中一名债权人起诉时其他债权人的利益并不能视为被其所代表,因而很难用既判力理论来予以解释。而且,由于其他债权人的利益不能被代表,若不为其他债权人参加诉讼提供程序保障,难谓公平。由此可见我国的债权人代位诉讼存在着不合理之处,有待于将来予以完善。

## 四 结 语

追求纠纷的一体化解决、避免矛盾裁判是必要共同诉讼制度的意义所在,而这一制度

[32] 参见黄国昌:《类似共同诉讼》,《月旦法学教室》第46期(2006年8月)。

[33] 类似案例参见山东省高级人民法院(2011)鲁商终字第101号民事判决书。

[34] 例如“卢锡章等与广西洁宝纸业投资股份有限公司公司决议撤销纠纷”,参见贵港市中级人民法院(2012)贵民二终字第94号民事判决书。

[35] 例如徐有辉、徐斌提起的损害公司利益诉讼,参见江苏省高级人民法院(2014)苏商辖终字第00204号民事裁定。

[36] 值得注意的是,该解释第16条第2款和第25条第2款均表述不当,类似必要共同诉讼具有合一确定的必要性,法院应合并审理。

[37] 例如,“杨天时、田红梅等与李小军、李彩玲债权人撤销权纠纷”,参见甘肃省高级人民法院(2013)甘民一终字第268号民事判决书。

价值的实现是以缩减当事人的处分权来实现的,故此,近现代大陆法系的民事诉讼法对这一制度的设定和适用总体上趋于严格化。我国目前的必要共同诉讼制度还极为不完善,司法实务上长期处于适用宽泛化、程序非规范化的状态,制度、实务与诉讼理论之间未能协调发展,因而未来的发展方向应该是回归大陆法系的规范体系,在限缩必要共同诉讼的基础上实现制度的规范化和体系化。

在必要共同诉讼的范围确定上,涉及共同诉讼必要性与合一确定必要性两个维度,而这两个要素的判断基准,前者主要考虑诉讼主体间实体权利义务关系的关联度,后者主要考虑纠纷解决的实效性以及裁判的统一性追求。因而必要共同诉讼的界定实际是实体法和诉讼法交互作用的结果,其判断标准的宽与严、适用范围的扩与限,涉及诸多的利益考量。一方面,要在实体法和诉讼法之间进行协调,在不违背实体法原理的基础上,尽可能将纠纷集中于一个诉讼程序统一解决,以谋求程序的效率性和安定性;另一方面,还要在追求裁判一致性与保障当事人主体性、诉讼强制性与诉讼自主性之间进行调和,以确保程序的正当性和纠纷解决的实效性。

[本文为浙江省哲学社会科学规划课题“民事程序法与实体法的分离与交错”的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] Under the interactive influence of substantive law and procedural law, necessary co-litigation in the continental law system has experienced a long evolutionary process from expansion to limitation. Its historical evolution, institutional constitution and theoretical development are of great referential value to the development of the necessary co-litigation system in China. By adopting the legislative mode of dichotomy, necessary co-litigation in China has been generalized to such an extent that the system and its practical function are in a non-normalized and non-procedural state. There are also many conflicts between the system and principles of substantive law, as well as misunderstandings about the introduction and application of systems similar to necessary co-litigation, which has failed to provide a complete solution to the problem of generalization of necessary co-litigation. In the future, necessary co-litigation should return to the normative mode of the continental law system. On the one hand, the legislative mode and procedure rule of necessary co-litigation should be adjusted and improved through type classification and the adoption of the principle of identity. On the other hand, inherent necessary co-litigation and systems similar to necessary co-litigation should be classified and misunderstandings be clarified in accordance with related laws and judicial interpretations, so as to lay the foundation for a sound judicial practice, and systematize and normalize the operation and development of necessary co-litigation.

---

---

(责任编辑:姚 佳)