

论共同诉讼与第三人参加诉讼制度的界分

胡学军

内容提要:在我国民事诉讼理论解释和司法实践中,作为多数人诉讼形式的共同诉讼与第三人参加诉讼制度之间区分模糊。这两种当事人制度其实各具不同的功能设置与本质规定性,同时在传统诉讼标的理论下具有适用于不同实体法律关系之别。不同诉讼模式对当事人制度形式的确定也具有重要影响。传统职权主义模式下可能存在忽视当事人的意愿之嫌,直接依职权“分配”当事人在诉讼中的角色;当事人主义模式则赋予当事人参加诉讼所处防御地位的选择权,尤其在第三人参加诉讼之时应由当事人自主启动。具有不同功能设置的两种制度在适用时不宜模糊其间的界限而相互转化,宜以诉的合并的不同类型对多数人诉讼制度进行体系化解释,必要共同诉讼是单纯的诉的主体合并,普通共同诉讼是诉的同类客体合并,第三人制度是诉的主客体牵连合并,同时应彰显两种制度各自不同的功能并促进形成相应的诉讼程序规则。

关键词:共同诉讼 第三人 诉讼标的 诉的合并

胡学军,南昌大学法学院教授。

一 问题的提出

多数人诉讼作为民事诉讼当事人制度中的重点与难点,在理论与实务上一直存在众多争议,尤以共同诉讼与第三人参加诉讼制度适用的界限比较模糊。有学者通过对我国司法实践的观察指出:“有些情况下,对于共同诉讼人、有独立请求权第三人、无独立请求权第三人这三种诉讼主体形式并不容易把握。”并细致描述了共同诉讼与第三人参加诉讼形式的相互转化。^[1]就此,先来看两个设例:

设例 1:某老年夫妇育有二子一女,某日老年夫妇突遇车祸不幸双亡。大儿子将全部遗产占为己有,小儿子对其兄提起诉讼,要求与其平分全部遗产。在诉讼中,女儿要求参

[1] 参见王亚新:《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150页。

加并主张三人各获得三分之一份额遗产。问本案如何确定女儿的诉讼地位?〔2〕

设例2:甲在某酒店就餐,顾客乙因地板湿滑不慎滑倒,将热汤洒到甲身上,甲被烫伤。甲拟向法院提起诉讼。问本案当事人应如何确定?〔3〕

两设例的参考答案都是共同诉讼,但一直有观点认为也可作为第三人参加诉讼(设例1为有独立请求权第三人,设例2为无独立请求权第三人)。两设例的焦点可引申出这样两个实际问题:提出“既不同于原告又不同于被告”诉讼请求的参加人在诉讼中地位如何?在多数人责任类型中如何确定当事人形式?从司法实践中的类似案例来看,则似乎作为共同诉讼或第三人的两种做法都很常见,而并不存在“标准答案”。面对理论上的模糊与实践中的混乱,我们不禁要追问:不同当事人形式是否有其本质规定性?民事诉讼立法上设置的这两种当事人制度是否并不存在实质区别?

二 共同诉讼与第三人参加诉讼制度的功能区分

如果不同当事人制度形式在审理及裁判方式上并不存在显著区别,那么其可能就仅仅是一个纸面上的、纯理论的、而无关诉讼实际的游戏。但从我国《民事诉讼法》的程序规定来看,普通程序对不同诉讼形式案件的审理与裁判的方式方法并未有明确的具体规定,同时司法实践中对诸如共同诉讼人内部权利责任划分应在诉讼中予以审理裁决的程序做法也常不统一。从当事人诉讼权利来看,无论是作为原告、被告还是第三人,虽然在庭审阶段发言或答辩顺序不同,但其诉讼程序上的权利并无根本区别。因此,采取何种当事人制度形式看似并不影响实际的审判与纠纷解决,这就为司法实践中不同当事人形式“游移不定”的“流动”状况提供了充足理由。但果真如此吗?

(一) 共同诉讼制度的功能侧重

在一般意义上来说,多数人诉讼制度兼具两方面功能:第一,有利于诉讼经济、防止分别诉讼造成当事人讼累与法院裁判负担增加;第二,与纠纷相关主体全体参加有利于全面查明案件事实、合理分配各当事人之间的权责,具有防止分别诉讼可能发生裁判不统一或相互矛盾及彻底解决相关联纠纷的功能。但在不同类型纠纷选择共同诉讼还是第三人参加诉讼的形式问题上,两种制度由于各自程序运作方式的不同而可能会在不同目的功能上有所侧重。大致来说,共同诉讼侧重于第一种功能,即实现诉讼经济与维持裁判标准的统一,防止同一或同类案件的“同案不同判”。

不同制度的功能定位可在当事人结构上得以体现。民事诉讼等腰三角形结构的说法已被学界广为接受:当事人双方地位平等,法院与双方当事人等距离。如果单独言及当事人结构,则是所谓“两造对抗”。这在简单诉讼中不言而喻,但在多数人诉讼时,当事人结

〔2〕 参见张晋红、易萍:《有独立请求权的第三人与必要共同原告的界限及其认定》,《法商研究》1996年第5期,第43-47页。该文对此问题已有较透彻分析,但对共同诉讼所基于的诉讼标的的界定与理解则仍有模糊之处,本文将在稍稍变换案件情节的基础上展开进一步的扩展分析。

〔3〕 参见2010年“国家司法考试”试卷三第46题。

构如何呢?不同的结构理论能够反映出法院对不同对象(诉讼标的)的把握及相应不同的程序设计(审理顺序),因此理清这一问题兼具理论与现实意义。

在共同诉讼形式下,虽然一方或双方人数众多,但在当事人结构上仍是相对比较单纯的“两造对抗”:原被告之间相互对立,以平等武器展开攻击与防御。共同诉讼人的诉讼行为方式或说内部关系处理上应是协商一致(必要共同诉讼)或各自为政(普通共同诉讼),^[4]在共同诉讼人内部一般不存在需要法院来加以解决的矛盾问题。如在连带责任共同诉讼中,债务人就不得以其内部应分担的份额为理由抗辩。^[5]也就是说,虽然共同诉讼人之间实际上也存在原被告之间法律关系之外的其他法律关系,如共同侵权案件的共同被告之间可能存在主责任人/补充责任人,过错责任/无过错责任、非终局责任/终局责任等责任性质差异或份额分摊关系,在实体法秩序上可能存在内部份额划分或追偿的可能,但在共同诉讼制度下,这一关系是原告希望“折叠”起来,因此在审判程序中实际上是隐而不显的。原告选择共同诉讼就是希望法院的审理裁判能集中于其与共同被告之间的“诉讼标的”这一审判对象,以利用这一制度尽可能快捷周全地保护自己权益的实现。

从诉讼行为方式来说,必要共同诉讼中共同诉讼人采取协商一致原则作出诉讼行为只能是针对对方。而在共同诉讼人内部关系上,由于个体都是独立自主的,根本就不存在协商一致的可能。如前所述,共同诉讼制度的主要目的在于诉讼经济,将同一或同样法律关系尽可能集中在一个诉讼程序中予以解决,防止“同案不同判”的裁判矛盾现象。基于处分原则与辩论主义,共同诉讼人的内部关系一般不可能在共同诉讼程序内加以审理和解决。大陆法系国家共同诉讼制度一般也没有规定共同诉讼人之间可以在程序进行中提起所谓“交叉诉讼”。^[6]

(二)第三人参加诉讼制度的功能侧重

第三人制度功能则侧重于纠纷的一次性解决,防止具有牵连关系的纠纷发生重复诉讼、造成主体权益享有或责任分担上的裁判冲突。相对于共同诉讼来说,第三人制度能够将复杂纠纷全部展开、并予以一次集中审理与裁决。程序保障论主张第三人制度设立的目的在于保障第三人听审请求权与公正审判请求权。但从我国民事诉讼制度来说,有独立请求权第三人和“被告型”无独立请求权第三人都并不存在必须借此实现程序保障的问题。不参加本诉的第三人并不会因此丧失程序保障的机会。特别是我国民事诉讼法新增设第三人撤销之诉后,这一担心更成为多余。但对于国家司法资源的有效利用来说,第三人参加诉讼对案件纠纷事实予以全面审理,相对于分别连环诉讼,显然更有利于诉讼效

[4] 我国《民事诉讼法》对必要共同诉讼人之间关系的规定是“承认原则”及主张与证据的共通,有些国家与地区法律采取的是“有利原则”。参见张卫平著:《民事诉讼法》(第四版),法律出版社2016年版,第151页。

[5] 参见姜强:《侵权责任法中的连带责任、不真正连带责任及其诉讼程序》,《法律适用》2010年第7期,第15-20页。

[6] 而美国《联邦民事诉讼规则》第13条g款却明确规定了交叉诉讼,即在共同诉讼中,共同诉讼人可以针对同一方当事人提起诉讼,并且对方也可能提起反诉。参见[美]杰克·H.弗兰德泰尔等著:《民事诉讼法》(第三版),夏登峻等译,中国政法大学出版社2003年版,第349页。

率的提升与纠纷的彻底解决。共同诉讼制度中共同诉讼人内部隐含的关系在第三人参加的制度形式下将被充分打开,诉讼也将不再仅仅聚焦于本诉双方主体关系,而是一种诉的合并。^[7]在有独立请求权第三人参加诉讼的情形下,参加之诉的审理裁决甚至可能使本诉变得不再有审理的必要,也就是以参加之诉实质上解决了三方纠纷。而在无独立请求权第三人参加诉讼情形下,如法院判决无独立请求权第三人对原告承担最终责任,实际上省去了单独诉讼时败诉的被告另行向第三人追偿责任的“连环诉讼”之累。

而在当事人结构上,第三人参加诉讼在当事人结构上形成一种三角关系,而不仅是两个“两造对抗”的简单相加。在本诉与参加之诉的关系处理上,存在不同的模式:有独立请求权第三人参加诉讼是法院处理两个竞争性的诉,无独立请求权第三人参加诉讼是法院要先后处理两个有内在牵连的诉,两诉的审判需要在一个诉讼程序交叉穿插进行。与共同诉讼虽然多数人全部参与、但只分两大对立阵营不同的是,第三人参加诉讼通常是三方合并辩论,法院合一裁判,也只有如此才能实现三方纠纷的统一解决。

我国传统理论非常关注无独立请求权第三人诉讼权利配置及其地位问题。如依据将现行无独立请求权第三人制度所涵盖的作为诉的合并形式的“被告型第三人”与“辅助参加”两种制度予以彻底分割的理论共识,则不同主体的诉讼权利配置与诉讼地位的区分也将非常清晰。无论是哪种共同诉讼人与哪种第三人,因为都属于诉的主体,应具有完全的当事人地位与享有完整的诉讼权利,而辅助参加人则不具有完全的当事人地位,但也应享有程序基本权。由于辅助参加并非诉的合并,因此并不引起诉讼标的的变化,此时的当事人结构仍然是两造对抗,辅助参加人在诉讼中不享有与诉讼标的处分有关的诉讼权利。而在受法院裁判约束这一特征上,当事人受既判力约束,而辅助参加人受参加效力约束。

(三) 共同诉讼与第三人参加诉讼的程序设置区分

在当前社会化大生产背景下,民商事案件主体关系复杂化的态势已充分显露。在复杂案件中,法官要有效控制庭审,就需要从宏观上理清当事人之间的结构,明确审理核心关系,选择恰当的诉讼形式。

不同当事人形式在程序处理方面的区别是存在的:在固有必要共同诉讼中,要求共同诉讼人尽量协商一致采取诉讼行为,对于共同诉讼人一方内部相互之间的权利分配或责任分担一般并不进行审理与裁判。^[8]此类案件相关主体之所以成为共同诉讼人,就是考虑到交易对方的行动可能基于信赖利益,因此,一旦共同诉讼人内部责任承担不清,并不要求交易对方明确谁是真正责任人,而可将相关主体一并作为被告,这也有利于督促利益关联民事主体在交往中尽可能明确内部各自权责。而在复杂共同侵权案件、合同约定由

[7] 无独立请求权第三人参加诉讼是否属于诉的合并在我国理论上存在重大争议。本文对无独立请求权第三人的分析建立在学界关于我国现行无独立请求权第三人制度包含“被告型第三人”和“辅助型第三人”两种类型的主流观点的基础上,并将“被告型第三人”作为当事人制度加以讨论,而“辅助型第三人”参加诉讼不构成诉的合并。参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第149页以下。

[8] 有关共同诉讼人内部的矛盾类型参见吕太郎:《对立的共同诉讼人》,载《民事诉讼法之研讨(十四)》,我国台湾地区三民书局2007年版,第217页以下。

第三人履行或向第三人履行等案件中,虽然对于受害人一方来说,总是希望迅捷实现权益保护,但没有意思联络的双方难以联手成为共同被告,因此宜作为第三人参加诉讼处理。当然,这同样要考虑相关当事人的态度。

总之,共同诉讼制度与第三人制度在程序上优劣互现。正如有学者在进行比较法研究后得出的结论:共同诉讼制度的优点在于共同诉讼人内部团结、有利于形成一致对外的诉讼行为,适合法院集中审理共同诉讼人与对方当事人之间的纠纷,但缺点在于在共同诉讼人内部出现纷争时不能够予以适当审理与裁判,因此可能留下较多的“后遗症”。^[9]而第三人参加诉讼制度则是法院在一个程序中审理与裁判两个诉,对于两个法律关系的平行审理有利于彻底解决复数主体之间的复杂纠纷。但对法院来说,势必造成工作量的增加,对权利人来说可能难免诉讼拖延与不利于实现权利的快捷保障。当然,在具体情境下,哪种当事人制度都不存在绝对的优越性。总之,各当事人制度有着各自不同的功能侧重与意义区分,最好是能够比较清晰厘定不同制度各自适用范围,以匹配不同的实体纠纷形式及基于不同目的考虑的当事人。

三 共同诉讼与第三人参加诉讼制度在实体视角下的区分

(一)“诉讼标的”与“请求权”的界定与争议

从我国民事诉讼法律规范字面来看,共同诉讼与第三人参加诉讼制度在适用的实体法律关系上的区分是比较清楚的。共同诉讼的特征是多数人之间“诉讼标的”的同一性或同类性,而第三人参加诉讼制度则不存在诉讼标的的这种同一或同类性质,而以有无独立“请求权”作为界定和类型划分的标准。但由于对何谓“诉讼标的”及“请求权”并不存在立法或司法上的有效解释,而在学理解释上,原来的理论共识正遭受冲击。^[10]因此在识别与诉讼标的的界定有关的多数人诉讼形式时存在“模糊地带”也就不足为怪了。

笔者主张,对“诉讼标的”概念的理解不应抛弃遵循依据立法背景的历史解释方法。中华人民共和国第一部民事诉讼法从理论框架到制度设置都是对苏联民事诉讼制度的移植,^[11]进而形成我国一段时间以来的通说:诉讼标的即当事人之间发生争议并请求法院予以裁判的民事法律关系。^[12]实际上,我国民事审判方法也基本上一直是围绕“法律关系”这一基础概念展开的。^[13]按彼时制度设计的内在逻辑,共同诉讼与第三人制度曾是能够比较清晰区分的。

在多数人诉讼中,诉讼开始阶段对当事人之间基础法律关系的判断与确定很关键,因

[9] 参见章武生:《我国无独立请求权第三人制度的改革与完善》,《法学研究》2006年第3期,第53-62页。

[10] 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38-51页。

[11] 参见[苏]阿·克列曼著:《苏维埃民事诉讼》,译者不详,法律出版社1957年版,第199页。对此的分析,参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第174页。

[12] 参见常怡著:《民事诉讼法教程》,重庆出版社1982年版,第125页;柴发邦著:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第184页;江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第65页。

[13] 在确定案由、确定审理对象、界定裁判效力范围及证明责任分配依据等问题上都以实体法律关系为基础。

为这一法律关系正是确定作为审判对象的“诉讼标的”的标准(旧实体法说)。这里所谓的“基础”性关系,在多数人诉讼中可以理解为在先发生的本诉的诉讼标的。而此后参加到诉讼中来的当事人所依据的实体法律关系和此一诉讼标的的不同关系类型(是同一、同类还是内在牵连等),正是辨别多数人诉讼形式的标准。

在我国,与诉讼标的密切相关、并在法律规范和司法实践中更为常用的概念是“诉讼请求”。有学者注意到“诉讼标的”这一概念在我国语境中涵义的模糊性,而将诉讼标的的可能指涉的涵义分成“生活事实”或“纠纷事实”、法律关系、请求权等不同层次。^[14]也有学者主张“诉讼标的”的内容范围可通过“案件事实”这一弹性元素加以控制。^[15]如此一来,诉讼标的作为界定当事人制度形式的弹性标准确实能够更好地迎合实践中对多种当事人形式灵活转化的解释,但这种灵活多变却也可能使其失去作为判断“诉的合并、诉的变更、二重起诉及既判力客观范围的试金石”的基本功能。^[16]

笔者主张“诉讼标的”在我国语境中应有相对确定的所指,而与“诉讼请求”及“请求权”等概念上内涵不同。这几个概念均可包含在“诉讼请求”这一“能指”范围更加宽泛的概念之下。具体来说,通常所谓“诉讼请求”的构造包括请求的“质”与“量”:请求的“质”,可理解为一般所谓“请求权”,也即诉讼请求在法律规范上的性质。由于权利法定,请求权总是依附于一定的法律关系,而法律关系即诉讼标的。诉讼标的是概括的,而诉讼请求是具体的。^[17]因此在请求权与诉讼标的的关系上,可以说诉讼标的决定了请求权。当事人只有依据一定法律关系才能提出特定权利主张,脱离法律关系则不可能提出权利请求,正所谓皮之不存、毛将焉附。而请求的“量”,即在特定诉讼案件中当事人提出请求的具体内容,也即依据法律请求权提出的具体量化的特定生活利益主张。如在产品质量案件中请求生产者修理、重作、更换、退货,又如在人身损害赔偿案件中要求支付已发生的、或后续治疗费用若干。由于一般当事人法律知识的不足,可能其在起诉时并不能够具体指明诉讼标的,但起诉时当事人需要主张“具体的诉讼请求和事实理由”,法官则要透过其诉讼请求(有时结合原因事实理由)来判断其所依据的请求权,继而通过请求权判断其请求权规范基础,如此框定案件所属的实体法律领域,从而也就确定了案件的诉讼标的——实体法律关系。

至于引发诉讼的“生活事实”或“纠纷事实”,只是诉讼标的的现实载体,即使在各种“现代”理论学说中,也从未将生活事实本身作为诉讼标的的识别标准。^[18]在现代社会化大生产与市场交易范围几无限制的环境下,纠纷的时空可能无限扩大。况且,“生活事

[14] 参见王亚新:《“主体/客体”相互视角下的共同诉讼》,《当代法学》2015年第1期,第59-73页。

[15] 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1233页以下。

[16] [日]井上治典著:《新民事诉讼法》,日本评论社1987年版,第66页。转引自江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第66页。

[17] 江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第110页。

[18] 诉讼标的理论在大陆法系经历过一分肢说、二分肢说、程序法说、新实体法说等多种学说,但均未将生活事实本身作为诉讼标的的识别标准。关于现代诉讼标的的多种学说,参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第67页以下。

实”或“纠纷事实”这一概念也存在可流动性,本身边界也并不比法律关系来得确定。否则,“一事不再理”中的“一事”就不需要以既判力客观范围来加以解释。如在继承案件中,审理对象显然是遗产分割份额。当事人主张应得份额的依据可能是亲属关系、赡养义务履行情况、被继承人意愿(遗嘱)或合同(遗赠扶养协议),如何界定“纠纷事实”似乎并不比法律关系更清楚。以“生活事实”或“纠纷事实”的同一性作为判断诉讼标的的同一性,在多数人诉讼上必然发生确定当事人形式的模糊。

(二)“旧实体法说”下两种当事人制度的区分

以“旧实体法说”界定的“诉讼标的即争议法律关系”这一理论构造来考察当事人形式,在法解释论上就能相对固定区分共同诉讼与第三人参加诉讼的形式。如在前述设例 1 中,被继承人女儿提出的请求其实只是在请求的“量”(即具体生活利益主张)方面与本诉的原被告不同,但在请求的“质”(所依据的请求权的性质)是与原被告一致的。也就是说,所有当事人之间的法律关系是同一的,请求权基础相同,因此无疑只能归于必要共同诉讼。但如稍微变换一下案情,如女儿主张遗嘱继承,则与原被告之间的请求权基础不同,因此诉讼标的的不同,则当属有独立请求权第三人。有学者放弃传统标的界定的理由是,在其理解的民事法律关系金字塔式结构体系中,“法律关系的概念比较模糊,具有一定的多义性,既可以指比较宽泛的也可指比较具体的权利义务关系”。^[19]其实,诉讼标的作为界定诉的最小单位,指向的就是这一体系最底层级别、因此不能再细分的权利义务关系。在“规范出发型”诉讼模式下,以请求权基础为裁判方法,则依此种诉讼标的理论仍能较方便确定案件审判范围。

可能正是由于对几种不同实体法律关系认识的混同,有学者将借贷保证案件与转租、转包、转售等几种不同案件在当事人形式上同样看待。有时基本倾向于应成立“类似必要共同诉讼”,有时又认同,“在这些案件类型中,如果原告选择单独起诉,法院很可能采取将他们列为第三人等措施”。^[20]

而在笔者看来,此类案件当事人形式“游移不定”的原因正是因为未能清晰厘定其在实体法律关系上到底是“一”还是“多”。将借贷保证纠纷描述为“三方法律主体、两个法律关系和一个共同事实”当然并没有问题,^[21]但也应当理解,借贷合同与保证合同也是同一个借贷关系的组成部分,在这一大的法律关系下,存在三方关系(保证合同是一种三方合同关系)。因此,即使从“诉讼标的即法律关系”的解释论来看,将借贷保证纠纷作为必要共同诉讼来对待,并不会发生解释上的困难。而在转租等情形下,一般先后发生的两个法律关系并不存在类似的三方关联,因此,根据合同相对性原理,出租人作为原告请求解除租约及腾退租房的诉讼中,直接追加第三方(转租方、分包人、标的物受让人)作为共同被告,就可能在实体法律秩序上也存在较大的障碍。因出租合同与转租合同的当事人并不相同,房东与最后承租人相互之间可能并没有实际接触与协商,甚至根本就互不知情。

[19] 参见王亚新:《诉讼程序中的实体形成》,《当代法学》2014 年第 6 期,第 140-156 页。

[20] 参见王亚新:《“主体/客体”相互视角下的共同诉讼》,《当代法学》2015 年第 1 期,第 59-73 页。

[21] 参见安海涛:《保证合同诉讼的程序原理》,《华东政法大学学报》2017 年第 2 期,第 182-192 页。

合同一方针对对方的抗辩不太可能用来对抗合同外第三人,先后发生的两个法律关系也难以解释为“同一诉讼标的”。以两造对抗构造的共同诉讼制度实际上难以容纳此种实际上的三方纠纷的处理,因此不宜作为共同诉讼对待,而适合采取无独立请求权第三人参加诉讼的审理形式。^[22]而在借贷保证情形下,三方关系的共通性使共同诉讼、合一判决成为必要。在总体上的三方合同下,合同相对性并不严格限制在双方之间,如《担保法》第20条规定“债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人仍有权抗辩”,因此作为必要共同诉讼是比较适宜的。

需要说明的是,笔者并不一定坚持在诉讼标的理论上非采“旧实体法说”不可,只不过想借此论证:即便是依这一稍显“过时”的标的理论,也能够较为清晰区分不同当事人形式及其适用范围。诉讼标的理论在两大法系理论体系中确实一直在发展演变,但对诉讼实践的体系化、规范化与统一化解释仍是这一基础理论的不懈追求。其实,无论是旧实体法说、二分肢说、一分肢说还是新实体法说,在面对诉讼标的理论试金石时都能体现大致有效性,出现解释困难的都是极个别情形。并且正是这种极端情形的解释困境推动了学说的不断更新。但国外理论的“最新发展”不是我们盲目照搬的理由,社会科学问题没有统一的标准答案,理论演变不存在线性发展规律。尤其是在我国法律制度与理论建设仍处于初步阶段,社会对司法与法官的信任处于低谷,更应注重规则与制度的稳定性与可预测性。诉讼标的“相对化”理论是对传统“体系性”标的理论的后现代解构,^[23]在我国当前稍显超前,并可能不利于制度的解释完善与实践的规范运行。

四 不同诉讼模式对当事人制度形式选择的影响

(一)传统职权主义模式下的当事人形式确定

正如前文所述,主体间不同实体法律关系类型对当事人形式具有重要的区分功能。但如果将此观点绝对化,认为实体法律关系类型决定了当事人形态,则是无视当事人程序主体地位及在具体诉讼中的意愿表达,也是不符合司法实践做法的单纯想象。毕竟当事人归根结底是一个程序法上的概念,只有在特定案件情境中才能实际确定当事人的地位及诉讼形式。但也应当看到,我国传统职权主义模式下根据法院认定的实体法律关系来“安排”当事人角色的传统思维与习惯作法仍然存在。在这种观念下,会忽视当事人通过参加方式所要表达的程序意愿,甚至直接依职权来分配当事人的角色。本文开篇的两个设例都是在仅作简单案情介绍而未言及当事人参加诉讼的具体方式的情况下,要求判断当事人形式,正可看作是学界仅根据实体法律关系而无视程序特征以确定当事人形式这

[22] 如在(2014)丽民初字第3136号案件中,房东以承租人和转租人为共同被告提起诉讼,但后改为对最后承租人的单独诉讼;而后在(2014)丽民重字第31号案件中,房东以最后承租人为被告的单独诉讼中,法院反而追加转租人为第三人。检索自中国裁判文书网。

[23] 有关诉讼标的“相对化”理论,参见陈杭平:《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170-189页。

种观念的一个注脚。

传统职权主义诉讼模式要求法官在接触案件后通过庭前实质性准备工作基本理清当事人之间的法律关系。与此相应,职权主义模式下确定当事人形式属一种“先射箭再画靶子”的做法,即假定案件事实与法律关系是清楚的,从而根据最终裁判的权益分配结果来决定当事人角色。这种先结论性地判断实体责任类型后,再回溯性地对诉讼形式问题进行定位,而非从实际诉讼进程进行分析的思路,难以有效解决实践难题。^[24]这一做法严重忽视当事人的程序主体地位,并可能会客观上助长“先定后审”的倾向。

(二) 诉讼主体意愿在当事人形式确定中的影响

正是当事人的程序意愿为实际中的当事人制度选择提供了解释可能。真正导致当事人形式变化的实体原因在于确定当事人形式的实体关系并非总是客观静态的“实体”,而是当事人主张下、程序进程中的不确实的“实体”,真实的法律关系正是需要通过诉讼过程来加以裁判的。因此,在诉讼开始阶段的实体关系判断不仅是静态的,而且也是不确定的,在诉讼进程中可能还需要不断调整对这一关系的认识。正如王亚新教授所言,诉讼的实体审理对象随程序的经过而逐渐展开形成。^[25]在前述设例 2 中,如原告对多名责任人提起共同诉讼,则归入所谓类似必要共同诉讼是没有问题的;而在实务上原告多出于权利实现的便捷考虑,单起诉安全保障义务人而成立单独诉讼。^[26]但如果原告“选择告谁不告谁”,法院为实现“纠纷一次性解决”,对安全保障义务人与第三人之间的责任有无及其分担作出裁判,则因当事人申请或依职权追加当事人还有可能采取无独立请求权第三人参加的形式。^[27]

从司法实践来看,在原民事诉讼法意见中明确列举的多类共同诉讼案件中,包括因挂靠、假他人名义经营、合伙、企业分立、借用信誉物、借贷保证、监护责任、共同继承、代理纠纷、财产共有纠纷引发的案件,我国法院传统上均作为“中国特色”的固有必要共同诉讼处理,^[28]而新司法解释则更多倾向于由原告自主选择诉讼形式。在挂靠、借贷保证、代理纠纷等情形中都明确允许自由选择共同诉讼还是单独诉讼。^[29]当然,原告如选择单独诉讼,为达到纠纷彻底解决的目的,法院可能依职权追加无独立请求权第三人。

上述借贷保证、挂靠、假名经营、出借信誉物、约定第三人履行等类案件中,确实可作必要共同诉讼(诉讼标的同一)或第三人参加诉讼(诉的合并)两种形式来处理。两种不

[24] 参见罗恬瀚:《数人侵权的共同诉讼问题研究》,《中外法学》2017 年第 5 期,第 1252 页以下。

[25] 参见王亚新:《诉讼程序中的实体形成》,《当代法学》2014 年第 6 期,第 140-156 页。

[26] 该设例中的“顾客端洒热汤”情形因过于戏剧性未能找到相同实例,与此类似的如在(2014)岳中民一终字第 2 号、(2015)梧民一终字第 306 号民事判决中,多人在酒店斗殴,酒店与侵权人成立共同诉讼被告。但在(2015)周民终字第 1 号案件中,顾客车辆在酒店停车场被刮,单起诉酒店为被告。酒店提出追加侵权人为共同被告,而被法院驳回。检索自中国裁判文书网。

[27] 如在(2013)吴民初字第 1467 号、(2014)港民初字第 1441 号案件中,在第三人参加诉讼形式下法院对安全保障义务人与第三人之间的责任有无及其分担作出判决。检索自中国裁判文书网。

[28] 具体可参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 43、46、52、53、54、55、56 条。

[29] 具体可参见《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 54、59、61、63、65、66、67、70、71、72 条。

同方式的选择并非完全取决于实际确定的实体法律关系,但这仍与案件的“实体”方面有关,此即原告对纠纷所属法律关系的主张。此类案件的特征在于如从原告角度可作为一个涉及多方主体的法律关系,但从对方当事人角度也可看作有多个不同的法律关系(诉讼标的)存在。允许原告单独起诉一个或部分主体,是对其实体权利与程序选择权的强化保障,也有利于司法更精准、更经济地处理复杂纠纷。但这需要通过统一的既判力与事实预决效力理论,以预防与解决可能发生前后诉之间的矛盾。

还需要注意的是,确定当事人形式在程序方面的考量并非总是基于原告的意愿,而是也要综合考虑对方当事人,以及作为裁判者的人民法院。程序分合的决定权不应由任何一方垄断。如在多数人责任情形中,原告基于诸多方面的考量,在诉讼策略上往往会采取将所有可能关系人都作为被告的“最保险”方案。但此种情形是否就应一律作为共同诉讼对待,也需要认真分析。这种情形从理论上来看多属诉的选择合并,而并非都是基于同一诉讼标的的固有必要共同诉讼情形。从原告方面来说,共同诉讼形式能够使纠纷得到“一揽子”解决,减轻自己的证明责任负担,及避免因主体受限而遭遇执行难。但从对方当事人来说,也要考虑是否会导致程序过于复杂,考虑是否有利于纠纷的一次性彻底解决。但应当注意:并非任何案件都要追求“纠纷一次性彻底解决”。在某些时候,以诉讼标的来对复杂纠纷予以相对分割、渐进处理,有时更有利于纠纷的理清与解决。毕竟阶段划分与渐进展开也是诉讼程序制度的基本特征。裁判效力理论的发展也将为分案处理提供指引。由于我国共同诉讼制度中不承认共同诉讼人之间的交互诉讼,共同被告之间的内部责任承担或分担问题只能寻求另案解决,形成纠纷的阶段性和渐进性解决。因此,原告提起共同诉讼中,共同被告没有转化为无独立请求权第三人的制度环境。正如前所述,共同诉讼和第三人制度区别在于诉讼构造中采取“两造对抗”还是“三方关系”。因此,采取哪种当事人形式要看当事人有多强烈的意愿将多数人内部法律关系诉诸当前程序中予以彻底解决。

(三)当事人主导模式下的当事人形式的区分

当事人与法院在确定当事人形式时考虑的角度是不一样的,如原告的意愿是自身权利保护的简捷与实效,而法院往往考虑纠纷解决的方便与效率。当事人的确定确实要综合平衡自由与干预、权利保护与纠纷解决之间的紧张关系。在当前民事诉讼体制与模式由职权主义向当事人主义转换的趋势下,^[30]在确定诉讼形式时应更多考虑当事人的意愿,淡化法院依职权确定主体诉讼地位的习惯做法。当事人主义模式的民事诉讼制度赋予当事人参加诉讼所处攻击防御地位的选择权,而不是由法院依职权“分配”当事人的角色地位。

总之,仅依据主体间静态的实体关系特征不足以区别不同的当事人形式,还应当结合

[30] 关于我国民事诉讼体制与模式转型的基本趋势,参见张卫平:《诉讼体制或模式转型的现实与前景分析》,《当代法学》2016年第3期,第3-5页。

程序特征加以识别区分。有时,程序特征甚至起到了决定性作用。因此,可能并非“不同(当事人)类型的区别到了具体的程序场境会变得十分模糊”,^[31]恰恰相反,正是程序特征使得实体法律关系相对模糊的情形在确定当事人形式时能够在具体情境中变得明朗,因为参加诉讼的时间、顺序、方式及主体间相互态度正是区别不同形式当事人的程序规定性。从我国当事人制度的这方面规定来看,共同诉讼与第三人参加诉讼制度的区别也还是比较清楚的。

依参加方式,共同诉讼制度与第三人参加制度完全可以作出相对明确的区分。共同诉讼的参加只是在必要共同诉讼中发生,因普通共同诉讼是完全可分之诉。在必要共同诉讼中,当事人人数作为当事人适格问题,理应由法院依职权审查决定。必要共同诉讼一般在诉讼系属时即成立,在诉讼系属后参加的,包括两种方式:自己申请参加的,由法院依职权审查决定;或者由法院依职权通知参加。

而第三人参加诉讼只能由当事人自主启动。具体来说,有独立请求权第三人是以起诉方式参加,独立起诉的程序特征可将此种第三人与其他当事人形式明显区别开来,而无独立请求权第三人是以类似被诉的方式追加。现行法律规定的申请参加,可改造为本诉当事人申请第三人参加(在当事人申请追加时要求当事人提交包含诉状基本内容的申请书,也就能达到诉的方式追加的效果),而法院通知参加不应解释为法院的职权行为,而是应当当事人申请发出通知,即相当于诉状的送达。实践中应淡化法院依职权追加当事人的方式,因这一方式不符合诉的原理,是职权主义的残留。^[32]如法院认为应追加时可由法官行使释明权,再由当事人以诉的方式申请追加。其实司法实践中法院追加当事人很少是由法院自主决定,而往往是因本诉当事人提议的,因此不如因势利导,将实践中当事人提议追加的这一“前置程序”法定化,并设置具体的申请追加形式要求,也就是进行诉讼化改造。在以诉的方式追加的情形下,无独立请求权第三人参加理论上就是诉的合并,法院应分别审理本诉与参加之诉,以这一方式追加的目的是为本诉当事人的权益保障。而对于第三人自己主动申请参加诉讼的,可参考大陆法系诉讼告知的方式,即增加与辅助参加相配套的“诉讼告知”制度,而由被告知人自主决定是否参加已系属的诉。第三人主动申请参加的,法院为第三人的程序保障利益仍可依职权通知其参加诉讼,以合理安排当前之诉和将来潜在之后诉的效力衔接关系。

五 解释框架与立法完善

我国民事诉讼法上多数人诉讼的当事人制度在理论建构上仍存在一定的深层矛盾,尚未形成较完善的解决复杂纠纷的制度体系。但在当事人制度总体框架及几种制度相互关系上,当前还是应当更多从解释论上合理安排现有制度框架下如何利用不同制度形式

[31] 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154页。

[32] 在不合诉的原理方面的批评基本达成理论上的共识,参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第149页以下。

公正有效率地解决复杂形态的纠纷。笔者认为宜以诉的合并形态为理论依据合理解释两种制度各自适用的对象:必要共同诉讼是单纯的诉的主体合并,普通共同诉讼是诉的同类客体合并,第三人制度是诉的主客体牵连合并。其中有独立请求权第三人参加制度是以参加之诉意图排斥甚至吞并本诉,无独立请求权第三人参加制度是本诉当事人意图以参加之诉来支援、补充本诉。现行无独立请求权第三人中的辅助型第三人参加不属于诉的合并形式,也不属于狭义当事人范畴。多数人诉讼的当事人制度是定型化的诉的合并的制度设置,而在现有当事人制度之外,普通程序中的“合并审理”条款提供了其他诉的合并的程序框架。对多数人诉讼形式的法解释论上仍有足够空间,现有当事人制度形式无法包含的,尽可能利用合并审理制度来探索、积累程序操作上的经验,为扩展、健全我国民事诉讼当事人制度提供实践经验积累。

其实作为诉讼主体制度的标配,两大法系国家也都有较成熟的类似制度可供借鉴。大致说来,大陆法系多数人诉讼形式的制度设计遵循理性主义,以诉为基本单位建构了分别诉讼的形式,而以裁判效力层次理论来解决分别诉讼时前后程序效力的协调与效率促进问题,又以诉讼标的为标准来调整诉的合并与分离,并依靠诉的合并理论来解决同一程序中多数人之间的法律关系。而英美法基于实用主义,更注重纠纷的一次性解决,追求诉讼效率与效益,注重诉讼程序的实效性,要求更多发挥法官的司法管理职权,以组织、指挥诉讼程序进程的功能,因此其多数人诉讼形式在实践中显得更为灵活多样。我国传统的粗放式立法,对不同当事人形式尚难以进行清晰区分,因此更加需要通过实践探索与试错来充实与形塑程序规则,并充分利用后发优势,在当事人制度形式的设置上同时汲取两大法系的成功经验,以逐步寻求最佳方案。

总之,要对多数人诉讼进行合理的体系化制度设计,以实现我国立法与司法从粗放型到精致型的上升。当事人制度设计至少涉及诉权理论、诉讼标的理论、既判力等基础理论,当前特别是应促进形成裁判效力层次体系的基本共识。区分既判力主客观范围、既判力与参加效力、争点效力的区别,以理清前诉裁判对后诉裁判的不同“约束力”。^[33]以往关于裁判效力问题上笼统的“生效/未生效”的区别或不区分针对主体对象的“普遍约束力”认识下,区分不同当事人形式可能就确实只是一种纸面上的游戏,而于司法实践并没有什么意义。

在程序制度不发达、职权主义盛行时期,多数人纠纷的解决总是希望所有实体法律关系主体全体参加,法院对纠纷的所有方面予以全面审理,最终裁判对所有主体甚至全社会具有普遍效力。在此种观念背景下,不同的多数人制度在实际运行中差异不大,相互之间可以相互转化。但在现代社会,随着实体法的发展及主体权利保护意识的强化,必然要求与之配套的程序设置升级。对复杂纠纷的针对性审理是各国程序制度发展的基本趋势,在这一背景下,模糊不同当事人制度之间区别,“跟着感觉走”的实践模式反过来也不利

[33] 关于裁判效力理论参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第149页以下。本文对此不展开具体介绍。

于规范当事人选择不同的诉讼形式及激励利害关系人参加相关的诉讼活动,至少也是无助于司法实践的规范化统一化操作的。笔者完全同意不同当事人制度形式的适用范围有交叉重叠的部分,诉讼标的与请求权的概念也有其相对模糊的解释空间。但概念与理论边界的相对模糊是一种常见现象,其并不是我们否定概念与理论,解构基本制度设置的理由,相反,我们应继续加强法教义学研究,寻求更精致的概念与理论以规范与指导诉讼实践。当前,仍应坚持法教义学所追求的清晰明确的概念、严谨的体系结构,以发挥对法律适用的多种功能,^[34]而不是以过于弹性的概念与理论迎合解释实践的混乱。

[本文为 2017 年度江西省高校人文社会科学重点研究基地项目“环境保护公众参与的法律机制研究”的研究成果。]

[**Abstract**] In China's theoretical interpretation and judicial practice, the distinction between ordinary co-litigation and third party participation in litigation is vague. In fact, each of the two systems has its own functional arrangements and essential provisions. Meanwhile, under the traditional "subject matter" of litigation theory, the two systems are applicable to different legal relations between entities. Different litigation modes also have an important influence on the determination of the form of the litigant system. The traditional inquisitorial mode may ignore the will of parties and directly "assign" the roles of the parties in the ex officio lawsuit. The litigant mode gives the litigant the option to participate in litigation in a defensive position and allows the parties themselves to initiate the procedure when a third party participates in the lawsuit. In the application of these two different modes of litigation, we should not blur their boundary and transform one into the other, but should give systematic explanation to common litigation through the consolidation of different types of lawsuits: necessary joint action is a pure consolidation of subjects of action; ordinary co-litigation is a consolidation of kindred objects of action; and the third party system is a joint consolidation of subjects and objects. Meanwhile, we should highlight the different functions of these two modes of litigation and promote the formation of corresponding procedures.

(责任编辑:姚 佳)

[34] 关于法教义学的多种功能,参见王泽鉴著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 166 页。