

预备合并之诉若干问题研究

李丽峰 浦欣

内容提要:原告可以基于同一案件事实,针对不同主体、不同诉讼标的提出多个诉,法院按照原告安排的顺序进行审理,是为预备合并之诉。预备合并之诉具有节约诉讼成本、保障裁判统一、实现实体公正和保护当事人诉讼处分权等制度功能。主观预备合并之诉虽有违反诉讼程序安定之虞,但可以通过制度手段补正;而且,其防止被告间推诿责任、防止诉讼延滞、节省诉讼成本等实践意义更使之瑕不掩瑜。在审理中,先诉有理由时,后诉的诉讼系属在先诉判决发生法律效力时消灭;先诉上诉时,后诉的诉讼系属停留在一审阶段。一审应该先对先诉进行审理和判决,并视先诉的审理和判决结果对后诉作出不同的处理。二审中,在先诉胜诉、后诉未作判决的情况下,法院认为原审判决正确的,裁定维持原判驳回上诉;法院认为一审法院的裁判有错误,应将案件发回重审。在先诉败诉、后诉胜诉情况下,后诉被告有上诉权。在先诉与后诉均败诉情况下,享有上诉权的只有原告。

关键词:预备合并之诉 合并之诉 诉讼系属 诉讼成本 实体公正

李丽峰,辽宁大学法学院教授;

浦欣,辽宁大学法学院硕士研究生。

在司法资源有限的情况下,如何通过适当的程序让当事人的权利得到及时救济,成为民事诉讼中急需解决的问题。预备合并之诉正是解决这一难题的最佳途径。这一制度无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家都有比较深入的研究,并且也有相关立法出现,在司法实践中也得到了广泛的应用。我国理论界对预备合并之诉研究不多,民事诉讼法中也没有预备合并之诉的规定。在请求权竞合的情况下,原告只能选择其中一个向法院提起诉讼,这无疑阻断了原告的其他请求权进入诉讼程序的路径,并且增加了原告的败诉风险。因此,有必要为当事人提供一个有效途径,使其多个竞合的请求能够通过正当渠道进入程序。笔者针对预备合并之诉的几个重要问题进行探讨,以期对我国预备合并之诉的制度构建提供参考。

一 预备合并之诉的涵义和制度功能

(一)预备合并之诉的涵义界定

1. 英美法系国家预备合并之诉的涵义

以判例法为基础的英美法系国家在诉讼中侧重于诉讼的效益价值,即注重在一个诉讼

中尽可能多地解决纠纷,所以在预备合并之诉的程序设定上较大陆法系国家的规定显得更为宽松。不论是一般当事人合并还是介入诉讼,互争权利诉讼,都贯穿着尽可能将与争议解决有利害关系的所有人纳入同一诉讼程序合并审理的理念。^[1] 例如,《美国联邦民事诉讼证据规则》第8条第一款第三项规定:“诉答人所要求的救济判决的请求,可以要求可选择的或有几种不同形式的救济。”^[2] 对于这一抽象的规定,我们可以结合案例对其进行理解。美国对于预备合并之诉合法性进行确认的一个著名案件是麦考米克诉康普曼案(McCormick v. Kopmann)。本案中,原告的丈夫路易斯(Louis)驾驶的客车与被告康普曼(Kopmann)驾驶的轿车相撞,导致路易斯死亡。原告以配偶的身份向被告康普曼及路易斯发生车祸前光顾的那家酒吧的老板哈斯(Hasse)提起诉讼。原告提出两项主张,一是要求被告康普曼对其给予赔偿,理由是康普曼驾驶的轿车违反交通规则横跨马路中心线导致车祸,主观上存在过失。同是,她又提出另一项主张,作为第一项主张的预备主张,请求酒吧老板哈斯给予赔偿,理由是哈斯将含有酒精的饮品出售给路易斯,使其醉酒,并且由于他的醉酒与康普曼的轿车相撞。很明显,康普曼的过失驾驶与酒吧老板哈斯的卖酒行为不存在共同过失,原告的两项主张是存在矛盾的,但是美国伊利诺斯上诉法院的法官认为:“原告提出的两项主张之间的确存在矛盾,但矛盾的主张不能同时得到满足并不意味着不能将此作为事实主张进行答辩。如果原告有权利获得赔偿,则在审理中,凭证据来决定原告能依据那一项事实获得救济。”^[3] 也就是说,原告由于事实的不确定或者证据上的缺失,向法院提出两个或两个以上的相互矛盾的主张,法院不能因其主张间存在矛盾而拒绝审理或判其败诉,而应根据案件的证据状况对其提出的各项请求作出或支持或驳回的判决。由此可以看出,英美法系国家对于主观预备合并之诉和客观预备合并之诉的规定没有做过多的区分和限制,一切依当事人提出然后依证据而定。

2. 大陆法系国家和地区预备合并之诉的涵义

与英美法系注重在诉讼中尽可能多地解决纠纷的立法思想不同,大陆法系的诉讼程序设定更倾向于维护程序的统一与稳定,所以,对预备合并之诉的涵义就有着较为严格和系统的界定。

在日本理论界,学者大都肯定预备合并之诉的合法性,故对其概念的界定也无太大的分歧,即:“依通说乃指原告预虑其先提起之诉无理由,而同时提起不能并存之他诉,以备先诉无理由时,可就后诉获有理由判决之诉讼合并。”^[4] 换句话说,是指原告由于担心其所提起之诉因依据不足而导致败诉而提出两个诉,这两个诉不但有先后顺序,而且必须是相互排斥的。虽然日本学界对预备合并之诉持肯定态度,但对主观预备合并之诉和客观预备合并之诉的态度又大不相同。日本《新民事诉讼法》第41条第一款规定:“原告对于一方共同被告的诉讼标的的权利与对于另一方共同进行审判的申请,法院不应该分开辩论和裁判。”^[5] 据此可以发现日本已在立法上认可客观预备合并之诉。至于主观预备合并之诉则分歧较大。日本理论界原来不承认主观预备合并之诉的合法性,但二战之后有所变化。随着二战后日

[1] 汤维建主编:《外国民事诉讼法研究》[M].北京:中国人民大学出版社,2007:379。

[2] 汤维建:《美国民事司法制度与民事上诉程序》[M].北京:中国法制出版社,2001:302。

[3] 汤维建:《美国民事司法制度与民事上诉程序》[M].北京:中国法制出版社,2001:303。

[4] 吕太郎:《民事诉讼之基本理论》[M].北京:中国政法大学出版社,2003:102。

[5] 范光群:《论主观预备合并之诉在我国之发展》[J].《民事诉讼法之研讨》.台北:三民书局,2002:67-69。

本经济的复苏,一人公司开始大量涌现,法定代表人直接进行交易的行为也开始频繁出现。一旦这些交易出现纠纷,交易的相对方应该将谁列为被告,是公司还是法定代表人个人?若确定被告不慎则可能直接导致原告的败诉,这使得原告的诉讼风险大大增加了。在此情形下,越来越多的学者开始注重对主观预备合并之诉的研究,期望通过此制度降低原告的诉讼风险。

在德国,最早对预备合并之诉进行专门研究的是穆尔(Merle),早期的著述还有学者凯恩(Kion)的博士论文《民事诉讼上之预备关系》(Evertualverhältnisse im Zivilprozess)。^[6]德国同日本一样承认预备合并之诉的合法性,但二者对预备合并之诉内涵的认识却有着非常明显的差异。与日本不同,德国学者认为,在预备合并之诉中先诉与后诉之间并不一定必须存在相互排斥的关系,只要两诉之间具有事实上或者法律上的关系即可。德国理论界这种认识也得到了司法上的认可:“帝国法院最早关于此类问题的见解认为,在主位请求遭到驳回的情形下提出预备申请,其预备请求为合法。1932年帝国法院更进一步对无相互排斥的主位请求和预备请求的预备合并情形作了判决,其要旨为,即使多数请求之间并无相互排斥之条件存在,亦可以利用预备合并之诉提起诉讼主张。今天,德国联邦最高法院对于预备合并之诉的合法性问题,基本上继受了帝国法院上述判例的见解。”^[7]

我国台湾地区对预备合并之诉的态度与日本比较相似,但是以陈荣宗为代表的一批学者认为:“实体法上数请求有何种关系,这只是让原告于提起合并诉讼时使用他个人有诉讼合并的利益与方便之机会而已。如果原告不提起此种合并类型,仅就先诉讼提起起诉,败诉后回过头来再就预备部分起诉,应该是可以的。”所以他认为,强求原告提起预备合并之诉时,必须两个请求之间具有排斥的关系于逻辑上说不通。^[8]

3. 预备合并之诉的涵义界定

虽然英美法系和大陆法系对预备合并之诉的内涵的界定宽泛程度、具体要求均不尽相同,但考量之后可以看出,大家对于预备合并之诉的内涵存在基本的共识:原告可以基于同一案件事实提出多个诉;这些诉既可以针对不同的主体也可以针对不同的标的;法院在审理这些诉的时候要按照原告安排的顺序进行。综合上述共识,可以将预备合并之诉定义为:在同一诉讼程序中原告同时提起主(先)位之诉和备(后)位之诉,原告请求若主位之诉败诉时应就备位之诉作出判决。^[9]对于两个诉有的称“先诉”、“后诉”,有的称“前诉”、“后诉”,有的称“主位之诉”、“备位之诉”,虽然名字不同但表达的意思是相同的,本文为了表述方便采用“先诉”、“后诉”的称法。

(二) 预备合并之诉的制度功能

1. 有利于节约诉讼成本

在法治社会,虽然有一套庞大的司法程序系统保障法制的顺利运行,但国家投入的资源毕竟是有限的,常常无法满足社会解决纠纷的需要,使得许多纠纷无法被纳入到国家公权力救济的视野。如果过多的纠纷无法得到国家公权力的及时救济,当事人就会转而寻求私力救济,这对于社会的稳定是十分不利的。在资源总量一定的前提下,想更多地解决纠纷,就需要在程序设定上想办法,通过提高诉讼效率以较小的程序投入快速有效地获得更大的收

[6] 陈荣宗:预备合并之诉. 杨建华主编. 民事诉讼法论文选辑(下). 五南图书出版公司,1984:516.

[7] 刘田玉:诉之预备合并的比较与借鉴[J]. 环球法律评论,2004(10).

[8] 范光群:论主观预备合并之诉在我国之发展[J]. 民事诉讼法之研讨. 台北:三民书局,2002:67-69.

[9] 邵明:民事诉讼法理研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2004:224.

益,即“从一个给定的投入量中获得最大的产出,以最少的资源消耗取得同样多的效果,或以同样的资源消耗取得更大的效果”^[10]。而预备合并之诉恰好能满足这一要求,因为原告的数项排斥关系的请求可以在同一个程序中提出,从诉讼成本上说,是原告仅通过一次程序的启动就可以使多项不能并存的请求获得法院的裁判。从法院的角度看,原告启动程序一次,就换来法院对两项互相排斥的请求进行审理和裁判的效果。如果没有预备合并之诉,原告将要启动两次甚至更多次程序,相应地法院也要进行两次甚至更多次的审理才能达到相同的效果。在这种情形下,投入到其中的诉讼资源将是双倍甚至多倍。由此看来,预备合并之诉不仅相对降低了诉讼主体的诉讼投入,而且带来了程序经济收益的提高。

2. 有利于保障裁判的统一

对于相互有排斥关系的两请求,如果不允许提起预备合并之诉而由当事人分别提起单一之诉的话,则很有可能出现相互矛盾的裁判。^[11] 如果没有预备合并之诉,原告对于同一声明,需要两次以上向法院提起诉讼程序,前诉的审理一般不会有太大障碍,但是后诉则会遇到尴尬:一是法院很有可能基于一事不再理的原则直接驳回原告的起诉,使原告希望后诉得到国家公力救济的愿望落空;二是即使原告的请求得到受理,后诉也很有可能得到与前诉相矛盾的裁判。这是因为一方面,法官对案件的事实认定不可避免地会渗入事实之外的其他因素。法律事实的认定本身就是一个带有主观色彩的、不确定的过程,而所谓的法律事实,也只是根据法律的规定利用因果关系递推出来的合理的“事实”,它包含了大量非客观事实的内容。法官也是人,即使遵从法律规定、恪守职业精神,但在形成对法律事实的内心评价的时候,也难免受到外界和自身经验、感受等各种各样因素的影响,后诉法官作出与前诉法官相矛盾的裁判也就不足为奇了。另一方面,虽然后诉应当受到前诉既判力的限制,但是,“既判力所表现出来的防止相互矛盾判决的确定力往往只是理论性的,当由不同的审判组织甚至不同的法院分别审理几个有联系的案件时,基于诉讼信息的可能不对称,或者基于法官对法律的不同理解和认识,都可能导致相互矛盾的判决产生,而在我国现阶段,即便前诉生效判决的信息已到达后诉法院,基于地方保护主义倾向,后诉法院仍然可能做出与前诉判决相矛盾的结论。”^[12] 这种前诉与后诉裁判相矛盾的情形将对司法的公信力造成极大的损害。在预备合并之诉中,原告可以通过一次程序的启动向法院提出两项相互排斥的请求,由法院同时进行审理和裁判,同一法院、同一法官在同一程序中对两项请求作出的裁判,必然不会存在矛盾,而使裁判的统一得到程序上的保障。

3. 有利于实现实体公正

一起诉讼最理想的效果就是能够做到“案结事了”,一个案件在经历了“起诉—审理—裁判”整个诉讼程序后,案件中所有的争议都得到了审理,原告提出的所有请求都得到裁判,有利于原告用尽程序手段,得到实体公正。如果原告基于对事实的不知(包括无法知道、无法确认)或举证不能,希望在一个程序中提出两个诉,但得不到法律的允许,那么只提出一个诉的原告的败诉风险就会大大增加。而且,前诉的败诉使得原告还要向法院提起后诉,多次诉讼不仅造成诉讼成本的浪费,也增加了矛盾裁判的风险,破坏了实体公正。预备

[10] 张文显:《法学基本范畴研究》[M].北京:中国政法大学出版社,1993:273。

[11] 胡雪玲、胡学在:《略论诉之预备合并》[M].中国政法大学出版社,2008:163。

[12] 张晋红:《诉的合并有关问题的思考——兼论提高民事诉讼效率的有效途径》[J].广东商学院学报,2002(4)。

合并之诉能够在—个程序中解决当事人之间错综复杂的纠纷,有利于实现实体公正。

4. 有利于保护当事人的诉讼处分权

民事诉讼解决的纠纷大多为私权,当事人对此应有绝对的处分权。“从程序的自身角度观之,实行处分原则也是为了使当事人有机会藉此追求其程序利益,避免因某一程序的不当使用,进而招致减损、消耗、限制系实体权益或系争标的外财产权,因此,处分原则的确立,不仅是基于贯彻私法自治原则的需要,而且是尊重当事人的程序主体地位的必然要求。”^[13]在民事诉讼中,一方面,要坚持法院对诉讼程序的控制;另一方面,还应尊重当事人的处分权,保证私权自治在程序中得到贯彻。按照传统的职权主义模式,为了保证程序的顺利运行,并不允许原告提出数项不相容的请求,因此,原告必须作出抉择,提出唯一确定的请求或相容的数项请求。这样的制度设定,无疑是国家的权力干涉了当事人的处分权,强势地压缩了当事人的权利空间。预备合并之诉的目的是让原告在事实不知或举证不能又有竞合的多项请求权时,为其提供尽可能多的途径向法院请求救济。这种制度本身体现的就是对原告处分权的尊重:在预备合并之诉中不仅允许原告提出两个诉,并且允许原告对自己提出的两个诉进行排序,法院只能按照原告要求的先后顺序对两个诉进行审理和裁判。通过这种制度安排,在程序选择上和诉讼策略上,体现了公权力对当事人相对宽容的态度,即允许他们按照自己的想法在诉讼策略上作出有利于自己的安排,实现当事人在诉讼程序上的处分权。

二 主观预备合并之诉的合理性探讨

(一) 预备合并之诉的类型划分

诉的要素是对预备合并之诉进行分类的标准。关于诉的要素的构成,学理上主要有“二元论”、“三元论”“四元论”等几种不同观点。笔者采用“三元论”观点,认为诉的要素应该分为三个部分:一是诉的主观方面,二是诉的客观方面,三是事实理由。诉的主观方面即诉的主体,判断一个诉与其他的诉的区别,首先看的就是诉的主体是否相同。诉的主体不同,一个诉自然与其他的诉不同。同样,如果诉的主体发生合并,那么诉自然也就是合并之诉了。诉的客观方面,指的是诉讼标的。两个诉若主体上是相同的,想要判断它们是不是同一个诉,接下来要看的就是它们的诉讼标的是否也相同。但是,在特殊情况下仅根据诉讼主体和诉讼标的两个标准是无法将一个诉与其它的诉区分开来的。例如,甲以乙重婚为由提起与乙解除婚姻关系之诉,败诉后甲又以受虐待为由提起与乙解除婚姻关系之诉。先诉和后诉的主体相同,都是乙;先诉和后诉的诉讼标的均为“解除婚姻关系”,这种情况下前诉与后诉无法区分开来。这个时候就需要依据诉的具体事实理由来对诉进行区分:先诉的事实理由是乙的重婚行为;后诉的事实理由是乙对甲的虐待行为。也就是说,在特定情况下需要辅以事实理由才能将—诉与其他的诉区分开来。因为事实理由是客观存在的,所以根据诉的要素,预备合并之诉也相应可以分为主观预备合并之诉和客观预备合并之诉。

客观预备合并之诉指的是诉讼标的的预备合并。对此学理上显有争议,这里不再多赘。此处重点研究主观预备合并之诉。

[13] 刘学在:我国民事诉讼处分原则之检讨[J].法学评论,2006(6)。

(二) 主观预备合并之诉的含义和特点

1. 主观预备合并之诉的含义

主观预备合并之诉作为共同诉讼的一种特殊形态,是指在同一诉讼程序中,同一原告向共同被告提出主位和备位两个请求,原告意图使主位请求优先审判,在主位请求不被支持时,请求法院就备位请求进行审判;或由共同原告对同一被告提起预备合并,先由主位原告请求被告履行义务,如主位原告对被告之诉(主位之诉)无理由时,请求法院就备位原告对被告之诉(预备之诉)进行审判。^[14] 主观预备合并之诉是对诉的要素中主观方面的合并,具体到诉讼中就是诉讼当事人的合并。

根据预备合并是在原告一方还是在被告一方,可以将主观预备合并之诉分为两种:一是原告的主观预备合并之诉,这种情况一般发生在原告方为多人的共同诉讼中。原告之一由于担心其对被告的诉可能得不到法院的支持,故同时由另一原告对被告一并提起预备之诉,以防止先诉得不到法院支持时请求法院对后诉进行审理和裁判。例如,甲为债权人,乙为债务人,甲将债权转让给第三人丙,后来甲与乙之间因为债权让与的效力发生争议,甲与丙向法院提起预备合并之诉。先由丙在先诉中提出要求乙履行债务的请求,如果被法院驳回,则请求法院审理甲提出的要求乙履行债务的后诉。二是被告的主观预备合并之诉,即被告方为多人的共同诉讼。原告担心对一个被告的诉得不到法院的认可,而同时对另一个被告提起预备之诉,请求法院在先诉得不到支持的情况下对后诉进行审理。例如,甲是乙公司的代理人,丙与甲签订了合同,在合同的履行过程中发生了纠纷,丙对甲的代理权有疑问,将甲与乙作为共同被告提起预备合并之诉,在先诉中请求乙履行义务,若得不到法院支持,则在后诉中请求甲履行义务。

2. 主观预备合并之诉的特点

第一,与普通共同诉讼和必要共同诉讼相比,主观预备合并之诉的多个主体间的关系及诉讼顺序不同。主观预备合并之诉的主体一方或者双方为两人以上,所以从外在形式上看,主观预备合并之诉可以看做是共同诉讼的一种,即预备的共同诉讼。但是,主观预备合并之诉与普通共同诉讼和必要共同诉讼相比具有很大差异。一方面,多个主体间的实体权利义务关系不同。在必要共同诉讼中,同一方的共同主体之间的实体权利义务是共同的,例如,具有债权债务上的连带关系或者具有物权上的共有关系等等。即使在普通的共同诉讼中,同一方的共同主体之间没有共同的权利或义务关系,但在案件的诉讼中享有共同的实体权利或承担共同的实体义务。而主观预备合并之诉却不同,先诉原告与后诉原告或先诉被告与后诉被告之间的权利义务关系则通常是相互排斥的。也就是说,如果先诉原告请求得到了法院的支持,那么后诉的原告就不可能获得支持,反之亦然,如果先诉被告承担了义务,后诉被告就不用再承担任何义务了。另一方面,多个主体之间的诉讼顺序也不相同。在共同诉讼中多个主体之间的诉讼地位是平等的,相互之间并没有顺序上的差异,法院对各个主体一并进行审理和裁判。而在主观预备合并之诉中,多数主体的诉讼存在顺序上的差异,法院并不对所有的诉一并审理,而是按照原告的安排先审理先诉中涉及的原告或被告,当先诉无理由时才对后诉中的原告或被告进行审理。

第二,后诉原告的地位与有独立请求权第三人的相类似但又不完全相同。有独立请求权的第三人在诉讼中,会向法院提出与原告相排斥的独立的诉讼请求,如果有足够的事实和

[14] 刘玉田:诉之预备合并的比较与借鉴[J]. 环球法律评论,2004(2)。

法律依据,此请求将会得到法院的支持。主观预备合并之诉中的后诉原告也向法院提出了实体请求权,并在特定情况下会得到法院的审理和支持,从这个角度上说二者是十分类似的。但是,他们之间还是存在着本质上的区别。一是二者参与诉讼的时间不同。有独立请求权第三人是在原告与被告的诉讼开始后,通过提起参加之诉的方式参与诉讼。有独立请求权第三人所提起的参加之诉与原告与被告之间的诉讼是同时进行,法院对其一并审理。而在主观预备合并之诉中,后诉与先诉是一并提起的,二者不能分开进行,但是法院在审理两诉时却是有顺序的,只有在先诉得不到法院支持的情况下才能对后诉进行审理。二是与原告、被告关系不同。有独立请求权第三人向法院提出的独立请求,实际上是将原告与被告都列为被告而进行诉讼。主观预备合并之诉中后诉原告与先诉原告所指向的被告只能是同一的。三是请求的范围不同。有独立请求权第三人的请求权是独立的,其请求范围及内容与原告并不完全相同。而主观预备合并之诉中后诉原告与先诉原告的请求应当是相同的。之所以产生这样的差异是因为,有独立请求权的第三人提出的参加之诉只要有充分的事实理由和法律依据就可以得到法院的认可,但是主观预备合并之诉中的后诉不但要有足够的事实理由和法律依据支撑,还要求先诉得不到法院的支持,才能胜诉。也就是说,即使后诉的事实理由和法律依据都足够充分,但先诉的原告才是真正的权利人,先诉被法院裁判为胜诉,那么后诉的请求也依然得不到法院的支持。

第三,后位之诉被告的诉讼地位与无独立请求权第三人相似但又不完全相同。在一般情况下,如果先诉被告败诉则后诉被告就无需承担任何责任了,所以,在诉讼中后诉被告是抱着希望先诉被告败诉的态度参加诉讼的。甚至在诉讼中后诉被告会积极主动地协助原告对抗先诉被告,成为原告的辅助人,从这个层面上说,后诉被告的地位的确与无独立请求权第三人十分类似。这种类型的主观预备合并之诉经常会发生在代理权瑕疵的场合。例如,甲公司与乙公司的业务员丙之间签订了一份货物买卖合同,合同生效后,乙公司以丙无权代理其对外签订合同为由拒绝履行与甲公司之间的合同,不向甲公司支付货款,甲公司遂向法院起诉,但是甲公司并不能确定丙的行为是否构成表见代理,所以,向法院提起预备合并之诉,以乙公司为先诉被告,请求判决乙公司支付货款;以业务员丙为后诉被告,请求判决其支付货款。在这个案例中,如果乙公司败诉则丙无需承担支付货款的责任,因此,他的利益与甲公司具有一致性,丙可能作出辅助原告进行诉讼的行为。尽管如此,后诉被告与无独立请求权第三人的诉讼地位还是有差异的。无独立请求权第三人的诉讼地位是在其参与到诉讼中后就始终是明确的,而后诉被告的地位则是附条件的、变化的,是根据先诉被告的胜败情况而定的。

(三)主观预备合并之诉的否定观点与思辨

关于主观预备合并之诉的合理性问题,学者们存在不同的认识。其中,持否定观点的学者主要有大陆的邓治军、台湾地区的王甲乙、吴明轩以及日本的斋藤秀夫、三月章等人。他们的观点比较类似,都认为主观预备合并之诉挑战了诉讼安定,尤其是当原告的主位请求获得确定的胜诉判决、备位请求溯及消灭时,当事人诉讼地位无法明确。^[15] 具体说来,反对的理由主要分为以下三点:

第一,主观预备合并之诉中当事人诉讼地位不安定。在主观预备合并之诉中,后诉被告

[15] 姜太白、邓治军:论诉的预备合并制度在民事诉讼中的确立,曹建明主编:程序公正与诉讼制度改革——全国法院系统第十四届学术研讨会获奖论文集[M].北京:人民法院出版社,2002:430-437。

的诉讼地位肯定依赖于对先诉被告的裁判,因此,后诉被告的诉讼地位非常不安定。后诉被告对于自己何时进入诉讼审理程序无法预见,容易造成诉讼突袭,缺少制度上的保障。

针对这种情况,笔者认为应当分两种情形解决:一是法院经过审理,认为先诉无理由时,仍然要对后诉进行审理和裁判,此时被告的地位就可以确定下来。对于防止对后诉被告造成诉讼突袭的后果,可以在技术手段上对后诉被告进行保护。例如,如果先诉被告败诉,则必须将先诉的结果通知后诉被告,并且给后诉被告留出足够的诉讼准备时间。二是法院可以就先位之诉命先为辩论,“如认先位之诉为有理由,则无须就预备之诉进行审判,以节省预备之诉被告无益之劳费”,^[16]从而减少主观预备合并之诉对后诉被告诉讼地位安定性的负面影响。

第二,主观预备合并之诉会造成诉讼程序的不安定。在主观预备合并之诉中,如果法院经过审理认为先诉有理由时,则后诉自动解除,这种解除可以视为后诉的附条件解除。诉讼行为原则上是不得附加解除条件的,否则就有造成程序不安定的风险。德国有些学者认为,原告对先诉被告的请求对后诉被告来说,是他人之间的诉讼关系,因此,如果允许主观预备合并之诉中由于先诉有理由就解除后诉,就是以诉讼外的事实为条件来决定后诉被告的诉讼地位,这样是对诉讼程序安定的极大破坏,违反了程序法的基本原则。

附条件解除后诉危害诉讼程序的安定性这一观点笔者也是赞同的,但是不能因噎废食,因此就放弃主观预备合并之诉。这是因为,危害诉讼程序安定这一缺陷可以通过严格限定主观预备合并之诉的条件而得到克服。比如,应该限定先诉与后诉在性质上必须有真正不能并立的关系等。

第三,主观预备合并之诉无法保证裁判的统一。这种观点也是建立在认定主观预备合并之诉为附条件解除的基础之上的,认为这种附条件解除的特性会出现上诉程序各自进行的情形。因为,在主观预备合并之诉中两诉的被告至多只有一个被判决承担责任,按附条件解除的理论,对没有被判决承担责任的被告之诉因另一被告承担了责任而解除,判决只能在原告和被判决承担责任的一方被告中作出。能对此判决提出上诉的也只是一审中的原告和被判决承担责任的被告,至于没有被判决承担责任的被告则因为诉的附条件解除而被排除在案外,既不能提出上诉,也不能对其提出上诉。在二审中,原审原告的相对方由两个变为一个,如果原告方对被判决承担责任的被告的判决结果不满意,例如,法院判决先诉被告承担责任,但是责任范围比原告请求的要小,而此时因为先诉被告已经承担了责任,对后诉被告之诉就解除了。原告就只能对先诉被告提起上诉,而不能同时对后诉被告提起上诉。主观预备合并之诉本来是原告在为了防止自己在诉讼中全面败诉而采用的一种保障性手段,但是在附条件解除的情况下这种保障在二审中就消失了。所以说,附条件解除理论下的主观预备合并之诉对原告的保护是不彻底的。而且,这样也会影响到上诉关系中裁判的统一性。

这种观点看似有道理,但其实是经不起推敲的,因为对后诉的附条件解除并不是先诉的有理由判决一宣判就解除,而是等到判决生效才能解除。如果一审的判决作出后当事人提起上诉了,此时后诉并没有被解除,也根本不会影响到裁判的统一性。

(四)主观预备合并之诉的确立

笔者认为,上述对主观预备合并之诉的否定观点中,有的虽然是此制度的固有缺陷,但

[16] 范光群等:论主观预备合并之诉在我国之发展,载台湾:民事诉讼法之研讨(七)[M].台湾:民事诉讼法研讨基金会,1998:73。

可以通过制度手段补正;有的仅仅是因理解不同而产生的误解,主观预备合并之诉的合法性是没有任何问题的。此外,主观预备合并之诉的现实意义更是其应当得到立法认可的重要依据。

第一,可以防止被告间推诿责任。如果没有主观预备合并之诉,原告只能分别起诉先诉被告和后诉被告,在这种单一被告的诉讼中,被起诉的被告会将责任推向没有被起诉的一方,从而为被起诉的一方被告规避法律责任提供可乘之机。例如,前面案例中提到的甲公司与乙公司及其业务员丙的案件中,如果甲公司先起诉乙公司,甲公司在此诉中主张的是丙的行为构成表见代理,乙公司会以丙无权代理不构成表见代理为由将责任推给丙,等甲公司再起诉丙时,则丙会以甲公司在诉讼中曾主张过表见代理的理由来对抗甲公司。若甲公司先起诉丙,在起诉乙公司的诉讼中,乙公司也必定会以甲公司在与丙的诉讼中主张过不构成表见代理为理由对抗。这种后一个诉讼中的被告以前一个诉讼中原告主张的原因事实来抵御原告的情况,形,导致被告之间容易相互推诿责任,而允许主观预备合并之诉的存在就可以在一定程度上避免上述情况的发生。

第二,可以防止诉讼延滞。如果没有主观预备合并之诉,就只能分别提起诉讼,导致同一债权债务关系分别由两个案件处理。《民事诉讼法》第 136 条规定:“有下列情形之一的,中止诉讼:……(五)本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的……”在这种情况下,只能够裁定中止其中一个案件的审理,因此导致了诉讼的延滞。

第三,可以节省诉讼成本。如果没有主观预备合并之诉,当事人只能分别起诉,可能导致原告双重获利或者毫无利益所得,显然这是有损于当事人利益的。并且,原告就同一诉讼标的分别提起诉讼,需要分别交纳诉讼费用,增加了当事人的诉讼成本。

三 预备合并之诉审理中的问题

预备合并之诉在处理请求权竞合的场合有着极其强大的功能,其实践价值不论是在大陆法系国家还是英美法系国家都得到了广泛的认同。我国的理论界对此制度也多持肯定观点,但是并没有得到法律的认可。目前,我国体现主观合并之诉有关内容的主要是《民事诉讼法》第 53 条:“当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的,为共同诉讼。共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的,其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认,对其他共同诉讼人发生法律效力;对诉讼标的没有共同权利义务的,其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。”对于客观合并之诉,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 156 条的规定也有所体现:“在案件受理后,法庭辩论结束前,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,可以合并审理的,人民法院应当合并审理。”从上面的规定可以看出,我国立法层面没有从诉的合并角度来作出规定,而仅仅规定多个当事人或当事人提出多项请求可以合并审理。

笔者认为,随着理论研究的不断深入,应考虑将预备合并之诉写入民事诉讼法,并从以下两个方面来构建我国的预备合并之诉制度:首先,明确规定预备合并之诉审理制度。将主观合并之诉与客观合并之诉从其他规定中提取出来,共同组成一个完整的合并之诉制度。在立法技术上,利用禁止重复诉讼和既判力制度从反面规定不能进行合并的情形,除此之外,均可合并。其次,根据当事人主张的案件事实来决定审理的对象。原告在起诉时提出多

个被告或多项请求可能涉及多项法律关系和事实理由,对于这些法律关系和事实理由之间相互关系如何,直接决定了属于何种合并以及适用何种审理规则。法律关系的确定是非常专业的要求,在预备合并之诉的诉讼程序中,为了减轻当事人的诉讼负担,只要求当事人说清案件的事实理由和请求即可,案件的审理对象由法院根据当事人提供的案件事实来确定。下面针对预备合并之诉审理中的具体问题谈些建议。

(一) 预备合并之诉在诉讼系属上的后果

诉讼系属是大陆法系民事诉讼法中的一个重要概念,是指原告向法院提出诉状,使特定的当事人间就特定的权利或法律关系(诉讼标的)在双方当事人的参加下,开始由特定的法院进行审理的状态。^[17] 它表示案件已经进入诉讼程序,并且尚未结束,其最重要的法律效果就是“禁止重复起诉”。预备合并之诉的诉讼系属问题主要集中在后诉上,基于先后两诉的顺序,先诉的系属无论是开始还是结束都与一般的诉无二,但是后诉确有一些特殊之处。

1. 先诉有理由时后诉诉讼系属的消灭时间

按照预备合并之诉的理论,先诉有理由得到了法院的支持,那么就不必再审理后诉了,但是,后诉的诉讼系属到底是何时消灭的呢?对于这一问题,学理上有两种观点:一是认为,先诉有理由的判决一旦宣判,后诉的诉讼系属就立即消灭。也就是说,后诉的诉讼系属在先诉的胜诉判决宣判时消灭。另一种观点则认为,必待主位之诉有理由之判决确定之后,备位之诉解除条件方为成就,诉讼系属亦于主位之诉之判决确定时起才归于消灭,且该消灭溯及起诉时。^[18]

对于后诉诉讼系属消灭时间的界定,笔者认为后一种观点比较合适。首先,从制度的目的上看,预备合并之诉是为了保护起诉时对于事实不知或是举证不能的原告而允许其提起多个基于同一事实且有排斥关系的诉,体现的是诉讼程序上对原告的一种保护,这种保护应该贯穿于整个诉讼程序而非仅仅体现在一审程序中。按照前一种观点,一审的判决一旦宣布后诉的诉讼系属就立即解除,如果原告不满一审判决提起上诉,二审中只能审理先诉被告一个或先诉请求一个,这对原告的程序保护是不完整的。一审的判决通常都不是终局性的,如果只在一审中对原告进行保护,那意义是不大的。其次,从预备合并之诉提高诉讼效率的目的上看,如果原告的上诉导致了先诉与后诉的关系发生分裂,则该制度提高诉讼效率的目的无法实现。因为将两个独立的诉合并到一个诉讼程序就是为了提高诉讼效率,如果先诉进入上诉程序而后诉的诉讼系属已经消灭,那么可能发生先诉在上诉程序审理,原告对后诉又另行起诉的情况发生,这与预备合并之诉的初衷背道而驰,所以后诉的诉讼系属应该等到先诉的判决发生法律效力时才能消灭。

2. 先诉上诉时后诉的诉讼系属状况

如果先诉有理由,先诉被告提出上诉,此时虽然后诉的诉讼系属没有消失,但是其状况应当是怎样的呢?是随先诉一同进入上诉程序还是依然停留在一审程序?对于这一问题的看法,理论界也是众说纷纭。德国学界最初的主流观点是认为后诉应该同先诉一同进入上诉程序。之所以这样做是为了保持先诉和后诉在审级上的一致性。但是近年来,越来越多的学者反对这种观点,理由在于:一是因为上诉是由先诉的被告提起的,其本来就是针对先诉提起的上诉,根据处分原则,上诉法院的审理范围应该受到上诉人的上诉范围的约束,不

[17] 李龙:《民事诉讼标的理论研究》[M].北京:法律出版社,2003:217。

[18] 杨建华:《民事诉讼实务问题研究》[M].台湾:三民书局有限公司,1981:221。

能超出上诉范围审理;二是因为一审时先诉有理由,所以后诉并没有得到完整的审理,未经审理的一审之诉不可能进入二审程序。

笔者也赞同后诉的诉讼系属应该停留在一审,因为一方面,就像台湾学者陈荣宗所说:判决未确定时,备位之诉的效果继续系属于第一审法院,即当事人对主位之诉判决不服而上诉时,上诉法院只能对上诉部分进行审理,备位之诉缺少当事人上诉,上诉法院当然不能审理,否则就变成一审终审了,损害了当事人的审级利益,有违审级制度。^[19]另一方面,后诉在性质上也是一个独立的诉,只是为了便利诉讼、保护原告才与先诉合并诉讼,作为一个诉,未经一审法院的审判不能直接进入二审程序。

(二)一审中问题的处理

预备合并之诉在一审中的问题主要有两方面:一是先诉和后诉是否同时审理,二是先诉有理由时后诉如何处理。

1. 一审中先诉和后诉的审理顺序

预备合并之诉的预备性决定了先诉与后诉之间是有顺序上的差别的,但是这种差别在一审中如何体现?是仅体现在判决上还是连审理都是有先后顺序的?对于这一问题,德国学者罗森伯格(Rosenberg)认为,法院应该在审理先诉的同时对后诉进行审理。他认为,作为预备之用的后诉的起诉本身并未附条件,附条件的是判决,即只有在先诉被认定为不合法或无理由时,才能对后诉进行判决;在先诉未判决前只能对后诉进行审理而不能进行判决。也就是说,在预备合并之诉当中有先后顺序的是判决而非审理。

笔者并不赞同罗森伯格这种关于后诉审理顺序的观点,预备合并之诉的先诉与后诉不仅在判决上有先后顺序,在审理上也一样是不能同时进行的。从原告提起预备合并之诉的初衷上看,原告最想实现的是先诉中的权利,如果先诉权利得到顺利实现,那么后诉就失去了存在的意义,当事人没有必要在后诉上花费时间和精力。从预备合并之诉的内涵看,也应该先审理先诉请求,待先诉请求败诉后才能对后诉请求进行审理。如果不分先后主次,程序开始时就对先诉请求和后诉请求一并进行审理的话,其程序就与一般的合并之诉没有分别,无法体现预备合并之诉的程序特点和价值。所以,笔者认为应该先对先诉进行审理和判决,并视先诉的审理和判决结果对后诉作出不同的处理。

2. 先诉有理由时对后诉的处理

对于先诉有理由时对后诉的处理,学理上共有四种观点。第一种观点认为,先诉有理由时,应当视为驳回后诉请求。因为,先诉与后诉之间具有排斥关系,所以一旦先诉被认为是合理的而获得了胜诉判决,就意味着后诉不可能同时得到支持,此时可以视为后诉请求是被驳回的。第二种观点认为,先诉有理由时,判决驳回后诉请求。后诉既然是原告向法院提起的诉并且中途没有撤回,那么在程序结束时就应该给后诉一个交代,先诉得到了法院的支持,后诉的结局就应该被判决驳回。第三种观点认为,先诉有理由时,视为撤回后诉。这种观点认为,后诉是原告提出的预备性的诉,既然先诉得到了支持,那后诉的预备性也就没有了意义,既没有审理的意义也没有判决的意义,此时应当视为原告将此诉撤回了。第四种观点认为,先诉有理由时,后诉的状况应该是待定的。这种待定的状况并不是一直的待定,而是指在针对先诉的判决作出后至其最终生效前的这段时间的状态。在判决生效前,还涉及到对先诉判决的上诉等问题,后诉的诉讼系属一直停留在一审没有消灭,待先诉的判决生效

[19] 陈荣宗:预备合并之诉,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑(下)》[M],五南图书出版公司1984:527。

后,对后诉的处理将会转为前三种中的一个。

上述几种观点都有一定道理,但缺陷也是很明显的。前两种观点不符合预备合并之诉的初衷,因为原告在先诉得到满足时,对后诉既不要求审理也不要求判决。在这种情况下如果法院还是要对后诉作出判决,无疑是违反了当事人的处分原则。第三种观点虽然能为后诉的处理找一个归宿,但是实际上此时的后诉完全不符合撤诉的条件。至于第四种观点,其只是对后诉的一种阶段性处理,并能作为最终的解决方案。预备合并之诉中的后诉是具有预备性的诉,在原告起诉时各方就清楚它的存在是附条件的,如果先诉有理由它根本就没有存在的必要。所以,一旦先诉的有理由判决生效,后诉就应该被解除,也就是说它的诉讼系属消灭了,并且这种消灭一直要溯及到程序开始时,所以,法院无需对其作出驳回、视为驳回或视为撤诉的处理。

(三) 二审中问题的处理

在预备合并之诉的审理中,当事人不服第一审法院的裁判提起上诉时,因为两诉的特殊性,在二审中也需要区别对待。

1. 先诉胜诉后诉未作判决

第一审法院认为先诉有理由并作出先诉胜诉的判决,对后诉未作判决的情况下,如果一审的被告提出上诉,则应分两种情况处理。

第一,二审法院认为一审法院判决正确。二审法院对一审被告的上诉请求进行审理,如果认为原审的判决是正确的,可以直接支持一审判决,裁定维持原判驳回上诉。

第二,二审法院认为一审判决有错误。如果二审法院经过审理认为原审判决是有错误的,对此有的学者认为,也应该由二审法院将先诉与后诉一并进行终审裁判。理由是:首先,他们认为,后诉请求与先诉请求之间有附随的关系,是附随的统一体。一审法院对先诉的判决,属于对案件的全部判决,一审被告上诉,就是对全部判决的上诉,基于先诉与后诉的附随性,后诉也应该转移到上诉法院并且由上诉法院一并作出裁判。其次,虽然一审法院未对后诉请求进行裁判,有损原告的审级利益,但是先诉请求与后诉请求具有事实关系上的共同性,所以二审法院直接对后诉进行审理和裁判,在一般情况下也不会造成不良的后果。

笔者认为,这种认为二审法院应该对后诉一并审判的观点完全是枉顾诉讼程序,是对诉讼系属、当事人利益的极大损害。首先,前面在探讨预备合并之诉的诉讼系属时提到过,此时,后诉的诉讼系属仍停留在一审阶段,将该放在一审阶段等待先诉审理结果的后诉直接拉到二审中,破坏了后诉的诉讼系属。其次,在一审中,由于一审法院认为先诉是有理由的,所以判决先诉胜诉,根据先诉与后诉审理上的顺序性,后诉在一审中根本没有进行过审理。一个诉未经一审就直接得到了二审的终审判决使当事人上诉无门,这严重地损害了当事人的审级利益。程序公正是对实体公正的最大保障,如果为了追求实体效果就肆意破坏程序,那么即使得到了实体效果也未必能得到当事人的认同。所以,如果二审法院认为一审法院的裁判有错误,就应该将案件发回一审法院重新审理。

2. 先诉败诉,后诉胜诉

在这种情况下,首先要解决的问题是,都有谁有上诉的权利?后诉被告有上诉权利这点事毫无疑问的,但是原告是否有上诉的权利呢?肯定说认为,原告是一审的当事人,先诉是其在诉讼中提出的主张,如果这种主张没有得到法院的支持,原告当然可提出上诉,这是当事人应有的权利。否定说则认为,原告在一审中已经提出两个相互排斥的诉,并且为他们设定了顺序,也就是说,如果先诉得不到支持,后诉胜诉也是可以接受的。正是基于对先诉上

诉权的放弃,才得到了将两个相互排斥的诉合并到一个程序进行审理的权利,所以,原告在先诉败诉后诉胜诉的情况下是不享有对先诉的上诉权的。笔者也认为否定说的观点是可以接受的,预备合并之诉的制度价值就在于提高诉讼效率、节约司法资源,并且整个程序一直体现的都是对原告利益的保护,被告的利益空间已经被压缩得近乎不公了,如果此处不对原告的权利进行合理的限制,那么预备合并之诉将会成为原告一个人的诉讼游戏。

第二个要考虑的问题是二审法院的具体审理与裁判。既然一审中是先诉败诉,后诉胜诉,那就说明一审法院对先诉和后诉都进行了充分的审理,此判决也是全面的判决,二审法院只要按照一般案件的审理方式对后诉被告的上诉进行审理和裁判就可以了。

3. 先诉与后诉均败诉

此时享有上诉权的只有原告,原告既可以只对先诉提起上诉,也可以只对后诉提起上诉,按照预备合并之诉对先后两诉都提起上诉也是可以的,上诉法院只需要根据原告的上诉范围确定自己的审理范围。至于审理程序,只需按照一般的上诉案件进行即可。

因为预备合并之诉中先诉与后诉之间具有相互排斥的关系,所以,不可能存在先诉与后诉均胜诉的情形。

[**Abstract**] Joinder of preliminary action refers to bringing several legal claims against different subjects or different objects of action by a claimant based on facts of a same case and the court hears the case in accordance with the sequence of claims brought by the claimant. The very characteristics of joinder of preliminary action has determined that it helps save litigation cost, maintain a unified judgment, promote substantive justice and protect a party's right to sue. Thought subjective joinder of preliminary action runs a risk of violating legal proceedings, yet it may be remedied through institutional means. Moreover, joinder of preliminary action may also play a role in avoiding shift of responsibilities between parties concerned and preventing delay of litigation. During proceedings, when the claim on the first note is justified, the claim on the second note shall be barred upon the time the prior judgment enters into effect. When the claim on the first note is subject to appeal, the action of the claim on the second note remains on the first trial stage. Court of first instance should hear the claim on the first note and make its decision, and meanwhile, deal with the claim on the second note on the basis of the trial and decision of the claim on the first note. During the appeal, when the claim on the first note is supported by court of first instance while the claim on the second note is pending for judgment, the court may uphold the decision of first instance while dismiss the appeal if it finds the original decision is correct; or the court may remand the case for a new trial if the original decision is found to be problematic. In case the claim on the second note prevails, the party concerned is entitled to lodge an appeal. In case neither the claim on the first note nor the one on the second note wins the lawsuit, only the plaintiff has right to appeal.

(责任编辑:瑞 石)