

类似必要共同诉讼适用机制研究

汤维建^{*}

内容提要 我国《民事诉讼法》引入类似必要共同诉讼从而完善我国的必要共同诉讼制度已属必然。从发展趋势看,类似必要共同诉讼正在从狭义转向广义、从传统转向现代、从一元转向多元,其范围也随之不断扩大。就类似必要共同诉讼的适用机制而言,有必要将类似必要共同诉讼分为诉讼标的同一型和诉讼标的牵连型、原告型和被告型以及既判力全面扩张型和既判力局部扩张型等类型,对其识别以诉讼标的具有共同性或牵连性为客观标准,同时辅之以立法上的除外标准。在此基础上,对《民法典》等制定法上的类似必要共同诉讼进行辨析,提出若干条款作为《民事诉讼法》的修法建言。

关键词 必要共同诉讼 类似必要共同诉讼 既判力扩张 识别标准 程序设置

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.04.013

我国《民事诉讼法》第52条仅规定了必要共同诉讼和普通共同诉讼这两种共同诉讼,然而理论界立足于域外经验和司法实践,普遍主张将必要共同诉讼再次进行划分,以形成固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼这种双轨制模式。所谓类似的必要共同诉讼,实际上是一种介于固有必要共同诉讼和普通共同诉讼之间的一种共同诉讼,其指的是当事人既可以分别诉讼,也可以合并诉讼;但如果合并诉讼,法院则必须合一裁判的必要共同诉讼形态。类似必要共同诉讼制度之所以有确立的必要,其基本的根据就在于实体法向诉讼法发出了“指令”,要求诉讼法在必要共同诉讼制度上实现与时俱进。类似必要共同诉讼的意义在于,缓解了因为固有的必要共同诉讼要求所有的共同诉讼人必须一并起诉和应诉所带来的紧张关系。设立类似的必要共同诉讼形态,有助于强化当事人的程序选择权,控制法院在罗列当事人上的职权膨胀倾向,确保司法公正正在确定当事人这个诉讼程序的源头上得以实现。鉴于类似必要共同诉讼的入法必要性在我国学界已有共识,本文拟就类似必要共同诉讼的适用机制,包括类型化、识别标准、适用范围、程序设置等问题展开研究。

^{*} 中国人民大学法学院教授,民商事法律科学研究中心研究员。本文系2018年度北京市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心重点项目、北京市社会科学基金重点项目“中国特色社会主义程序法治研究”(项目批准号:18KDAL027)的阶段性成果。

一、类似必要共同诉讼的类型化考察

通览民事诉讼法学研究现状,我们发现无论是大陆法系国家还是英美法系国家,其对类似必要共同诉讼的研究和探讨均聚焦于概念的提出、要件及其特征的分析以及实践中常见案例的列举,对于类似必要共同诉讼的类型化研究和条理化概括则鲜有所见,我国学界对此也无涉及。以日本为例,在日本,学者们对类似必要共同诉讼的探讨由来已久,如被誉为日本近代民事诉讼法学之父的兼子一教授就将类似必要共同诉讼的适用情形概括为五种案件:一是数人提起的要求确认公司设立无效的诉讼;二是要求取消股东大会决议或确认股东大会决议无效的诉讼;三是数人要求确认破产债权的诉讼;四是多个债权人基于代位权所提起的诉讼;五是数人提起的股东代表诉讼等。^①日本当下权威学者新堂幸司教授也基本认同兼子一教授的观点,同时认为类似必要共同诉讼的范围还可以稍加扩大,比如,各个共有人提出的共同所有关系确认之诉等也属于类似的必要共同诉讼。^②这些概括性列举大体反映了大陆法系国家的通说,即使有所差异也仅在个别案件类型上有所增减而已。

从上述大陆法系国家的学者对类似必要共同诉讼的案件种类进行的列举可知,其视野中的类似必要共同诉讼有这样几个特点:一是类似必要共同诉讼基本上都集中在《公司法》等少数法律之中,其范围非常狭窄;二是类似必要共同诉讼基本上都是以原告为主的共同诉讼,被告方为多数的类似必要共同诉讼并未受到应有关注;三是类似必要共同诉讼基本上都是形成之诉和确认之诉的诉讼案件,给付之诉的诉讼案件很少见到。然而,对类似必要共同诉讼进行简单的案件类型的列举是不够的,因为这无法满足指导司法实践的需要,同时也无法指引出《民事诉讼法》共同诉讼制度的发展趋势和完善方向。

笔者认为,对类似必要共同诉讼可以从以下视角进行类型化考察:

1. 以诉讼标的为标准,可将其划分为诉讼标的的同一性类似必要共同诉讼和诉讼标的的牵连性类似必要共同诉讼

诉讼标的的同一性类似必要共同诉讼是指在这种类似必要共同诉讼中,诉讼标的的仅有一个,各个共同诉讼人围绕着相同的诉讼标的进行同向性诉讼活动,其诉讼结果对所有参与诉讼和未参与诉讼的利害关系人均一体有效。可见,诉讼标的的同一性的类似必要共同诉讼和固有的必要共同诉讼只有一纸之隔的区别,就是前者不是所有的共同诉讼人都实际参与了诉讼,后者则所有的共同诉讼人都作为一个不可分割的团体参与了诉讼,并因此具有了当事人适格。比如,公司股东提出的撤销股东会决议之诉中,如果立法要求全体持有异议的股东均参与诉讼,则该诉讼形态便为固有的必要共同诉讼。但如果这样,有时有的股东基于种种考虑或客观原因不一定会实际地参与诉讼,同时要求所有的

^① 参见[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第190页。

^② 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第546-547页。

股东参与诉讼也会产生诸如增加诉讼成本、拖延诉讼进程、影响法院统一诉讼管理等弊端,因此立法特别规定这类诉讼仅需要一个或数个股东即可合法地提起,而无需全体股东一并诉讼。这便是类似必要共同诉讼的特殊性所在,也是其制度优势所在。因此,诉讼标的的同一性的类似必要共同诉讼的既判力具有扩张效果,它能够将其既判力扩张到所有可参与诉讼但又未参与诉讼的全体利害关系人,相当于他们也实际地参与了诉讼。存在于诉讼标的的同一性的类似必要共同诉讼之中的诉讼原理乃是诉讼代表理论,参与诉讼的利害关系人代表着全体利害关系人进行共同诉讼,其结果自然对全体利害关系人发生法律效力上的拘束力。

诉讼标的的牵连性的类似必要共同诉讼则是指在这种类似的必要共同诉讼中,诉讼标的的不止一个而是多个,这些诉讼标的既具有相对的独立性又相互关联在一起,形成了多个独立之诉纵横交错的复杂态势,法院对这些交织在一起的诉讼必须合一裁判,而不得分别裁判,以避免产生冲突或不兼容的司法裁判。至于诉讼标的的牵连性的具体表现形式,后文有涉及,这里从略。

将类似的必要共同诉讼划分为诉讼标的的具有同一性的类似必要共同诉讼和诉讼标的的具有牵连性的类似必要共同诉讼具有重要意义。因为,从类似必要共同诉讼制度的发展历程来看,其最先产生的正是诉讼标的的具有同一性的类似必要共同诉讼,“类似”这一用语所表达的含义也是指这类的必要共同诉讼。诉讼标的的同一性的类似必要共同诉讼的本质特征乃是既判力扩张,合一裁判仅仅是其外在表现而已,其最终的目的在于将既判力扩张到未参与诉讼的其他利害关系人。然而,如果局限于这一层面认知和规范类似的必要共同诉讼,那么,类似的必要共同诉讼之制度性功能便无法得到充分实现,横亘在固有必要共同诉讼和普通共同诉讼之间的巨大鸿沟也将无法填平,共同诉讼制度的空缺会依然存在。为了使共同诉讼制度形成一个完整的规范体系,民事诉讼立法不仅有必要导入类似必要共同诉讼制度,而且有必要突破类似必要共同诉讼制度的传统藩篱,拓宽其内涵,扩展其外延,使类似的必要共同诉讼从狭义走向广义,从传统走向现代,从同一走向连带,由此,牵连性类似必要共同诉讼乃应运而生。从同一性类似必要共同诉讼发展到牵连性类似必要共同诉讼是共同诉讼制度的一个巨大飞跃,如果说同一性类似必要共同诉讼尚处在该制度的初级生成期的话,那么,牵连性类似必要共同诉讼则进入了该制度的蓬勃发展期,类似必要共同诉讼制度的局面为之一新。

2. 以人数较多的一方当事人之诉讼地位为标准,可将类似必要共同诉讼分为原告型类似必要共同诉讼和被告型类似必要共同诉讼

如前所述,类似必要共同诉讼能否最终形成,其决定权在原告(含潜在原告),被告只有被动应诉之力,而无决定诉讼究竟应采单一之诉抑或是共同诉讼之权。对于原告的选择,又可分为两种情形:一是原告方具有多数的利害关系人存在,二是被告方具有多数的利害关系人存在。我们不妨将原告方有多数利害关系人的类似必要共同诉讼称之为原告型类似必要共同诉讼或积极的类似必要共同诉讼,同时将被告方有多数利害关系人的类似必要共同诉讼称之为被告型类似必要共同诉讼或消极的类似必要共同诉讼。

将类似必要共同诉讼划分为原告型和被告型,其意义主要在于:原告型类似必要共同诉讼一般属于传统型类似必要共同诉讼,其产生的时间要先于被告型类似必要共同诉讼。从发展前途上看,原告型类似必要共同诉讼尽管最符合类似必要共同诉讼的原始含义,但其适用范围的扩充余地是有限的,与之有别,被告型类似必要共同诉讼尽管产生在后,但其适用范围将变得越来越广阔。其原因在于,原告型类似必要共同诉讼直接来源于实体法的规定,是对实体法上的固有必要共同诉讼的剥离和分解,它只能通过立法的松动而不断“蚕食”固有的必要共同诉讼,其主要存在于形成之诉和确认之诉中;被告型类似必要共同诉讼则不完全受制于实体法的明文规定,而主要是因应于司法实践统一司法、纠纷一次性解决等需要而不断形成和扩大的,其主要存在于给付之诉的领域。尤为重要的是,原告型类似必要共同诉讼具有既判力全面扩张的效果,而被告型类似必要共同诉讼则一般没有既判力全面扩张的效果。比如宣告公司决议无效之诉,作为股东的参与诉讼的原告方无论人数多少,其生效裁判的既判力均全面扩张于所有的利害关系人,而被告型的类似必要共同诉讼如连带责任之诉,原告如果仅仅起诉其中部分被告,则其既判力不全面扩张于未实际参与诉讼的被告。此外,二者赖以形成的决定权由谁行使也有所不同。原告型类似必要共同诉讼的形成,其决定权最终不在提起诉讼的原告,而在诉讼之外的其他利害关系人,其他利害关系人如果响应原告的“号召”而参与诉讼,则类似的必要共同诉讼便能因案外人的“加盟”而形成;被告型类似必要共同诉讼的形成,其决定权则操之于原告之手,如果原告仅状告一个被告,则诉讼形态为单一诉讼,不构成类似的必要共同诉讼;只有原告状告两个或两个以上的被告,类似的必要共同诉讼方得以构成。因此,如果法院要将单一之诉“改造”成为类似的必要共同诉讼,则对于原告型类似必要共同诉讼,主要应向诉讼之外的其他利害关系人行使阐明权,使之自愿地参与诉讼,从而使类似必要共同诉讼得以形成,但法院不可依职权追加利害关系人“强制”他们成为共同的原告;而对于被告型类似必要共同诉讼,法院则应针对提起诉讼的原告行使阐明权,使之尽可能将关联性的被告均申请追加进诉讼,成为类似必要共同诉讼,从而使诸多交织在一起的关联性纠纷得以一举解决,而不致发生后续的诉讼。

3. 以既判力是否扩张为标准,可将其划分为既判力全面扩张的类似必要共同诉讼和既判力局部扩张的类似必要共同诉讼

在谈到类似必要共同诉讼时,免不了要就其关键性特点做出介绍和探讨,这就是类似必要共同诉讼的既判力扩张的特点。比如,新堂幸司教授就指出:“即便一名共同诉讼人单独起诉,该判决的效力也扩张至其他共同诉讼人与对方当事人之间”,这是因为:“在这种情形下,如果每个共同诉讼人与对方当事人之间的胜败结果分别予以决定,那么将出现如下这种无法收拾的结果,即一名共同诉讼人所承受判决的效力,将与其因承受其他共同诉讼人判决扩张所产生的效力发生矛盾、冲突。”^③笔者认为这段论述显得过于笼统与划一,因而失之简单化和绝对化。诚然,从定性上而言,说类似必要共同诉讼的既

^③ 前注^②,新堂幸司书,第546页。

判力具有扩张性这是对的,但是从定量上说,概括地、不区分情形地说类似必要共同诉讼的既判力全面扩张至未参与诉讼的潜在当事人,则是不妥当的观点。进而言之,笔者认为,随着类似必要共同诉讼从狭义转向广义、从传统转向现代、从一元转向多元,其既判力也一改传统上的所谓“既判力全面扩张说”,而变成了“既判力扩张二元说”,也即,在类似必要共同诉讼中,其既判力有时发生全面扩张的效果,有时则仅发生局部扩张的效果,究不可一概而论。以下分别就这两种既判力扩张之情形加以说明:

其一,既判力全面扩张的类似必要共同诉讼。

在给付之诉、确认之诉和形成之诉这三种类型的类似必要共同诉讼中,确认之诉和形成之诉的类似必要共同诉讼的既判力一定会发生全面扩张。其原因主要有二:一是从确认之诉和形成之诉的性质来看,其类似必要共同诉讼的既判力必然会发生扩张。确认之诉与形成之诉涉及到实体法律关系的确定或变更问题,不涉及到法院的强制执行,再加之其法律关系的一体性特征,使得这两种诉讼类型具有更加紧密的内在关系,并使之与给付之诉区别开来。由于确认之诉和形成之诉具有内在关系的紧密性乃至一体性特征,其诉讼标的也具有单一性而非多元性,因此,其类似的必要共同诉讼产生既判力全面扩张的法律效果。其实,从传统上看,大陆法系国家所着重强调的类似必要共同诉讼主要就是确认之诉和形成之诉两种形态。无论是确认之诉抑或形成之诉,在存在数个适格当事人可以提起同样诉讼的情形下,如果仅仅只有一个或部分适格当事人提起该诉,则其所获得的生效裁判对其他没有参加诉讼的潜在当事人也有效。^④这是确认之诉和形成之诉的类似必要共同诉讼之既判力发生全面扩张的客观原因和实质依据。二是从确认之诉和形成之诉的原告身份来看,其类似必要共同诉讼的既判力发生全面扩张是题中应有之义。在确认之诉和形成之诉的类似必要共同诉讼中,实际进行诉讼的原告人究竟以一种什么身份在进行诉讼?对此,新堂幸司教授将其解释为诉讼担当人。他这样叙述道:“通过扩张既判力,使判决的效力相互地及于权利义务归属人(被担当人)之间,故而应当将其纳入到这种类似必要共同诉讼中。”^⑤这种诉讼担当并非法定的诉讼担当,如破产管理人、遗产管理人那样,而是如同诉讼代表人那样的任意的诉讼担当,因为诉讼担当人本身也是案件的直接利害关系人。但任意的诉讼担当是由其他未参与诉讼的人或参加诉讼又退出诉讼的人推举产生的,而类似必要共同诉讼中的诉讼担当人则是原告人自我赋权而形成的,其他未实际参加诉讼的利害关系人只不过是自己的不参加诉讼而默认这种授权罢了,因此,类似必要共同诉讼中的原告当事人其实是兼具诉讼代表人性质的诉讼担当人,除人数规模有别外,实际上类似于美国集团诉讼中的诉讼代表人。因此,类似必要共同诉讼中的原告人具有双重身份,一方面他本身就是直接利害关系人,

④ 还有一种观点认为,确认之诉和形成之诉的类似必要共同诉讼的既判力是否发生全面扩张,要根据原告是胜诉还是败诉两种情况分别而论:如果原告胜诉,则既判力全面扩张;如果原告败诉,则不发生既判力扩张,其他的利害关系人还可以另行诉讼,此时不发生“一事不再理”的阻却效果。参见[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年版,第140页。笔者不同意这种观点,因为此观点会造成两歧之裁判。

⑤ 前注②,新堂幸司书,第546-547页。

是适格的原告人,另一方面他又是其他未参加诉讼的人的诉讼担当人,是代表他们进行诉讼的诉讼代表人,因而其生效裁判不仅对实际进行诉讼的原告人有效,而且对未实际进行诉讼的其他利害关系人也有效。其他利害关系人虽然没有实际地参与诉讼,但诉讼的结果对其也有拘束力,这便从主体视角解释了为什么类似必要共同诉讼的既判力会发生扩张。此外,行为型给付之诉的既判力也能发生全面扩张的效果,这是行为具有一体性和不可分性的缘故。

其二,既判力局部扩张的类似必要共同诉讼。

既判力局部扩张的类似必要共同诉讼指的是在这种类似的必要共同诉讼中,法院所作出的生效裁判,其既判力不向未参与诉讼的任何利害关系人进行扩张,但将来法院所作出的关联裁判不得与之相冲突,也即既判力的主观范围不发生扩张,但客观的裁判效果会发生扩张。与既判力全面扩张的类似必要共同诉讼主要体现在确认之诉和形成之诉中不同,既判力局部扩张的类似必要共同诉讼主要体现在财产型给付之诉中,包括原告型给付之诉和被告型给付之诉两种情形。

先看原告型的类似必要共同诉讼。有学者认为,法院作出公司分配利润的判决后,未参加诉讼的有利润分配请求权的股东可以据此申请强制执行。^⑥笔者认为这一观点值得商榷,没有参加诉讼的股东不能成为法院裁判上的当事人,因为其股东身份没有获得裁判认可,不具有当事人身份的任何案外人均不得向法院申请强制执行,非当事人作为申请执行人必然遭遇申请人不适格的认定,其申请执行权无法获得执行机构的支持。2017年9月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第13条规定:“股东请求公司分配利润案件,应当列公司为被告。一审法庭辩论终结前,其他股东基于同一分配方案请求分配利润并申请参加诉讼的,应当列为共同原告。”分取红利是股东在依法履行出资义务后,依据出资享有的权利。^⑦如果一个股东起诉获得胜诉而其他股东可以坐享其成,则该条的规定便无必要。事实上,如果股东人数达到一定的规模,此时所采用的诉讼形式不应当是类似的必要共同诉讼,而应当是代表人诉讼,经法院释明不登记参与代表人诉讼的股东,其如果要获得利润分配,必须要另行起诉,通过法院的裁定将代表人诉讼的裁判移植到该另诉裁判之中。然而,这仅仅是代表人诉讼的情形,如果采用类似必要共同诉讼的形式,则既判力无法扩张至未参与诉讼的股东。如果未参与类似必要共同诉讼的股东另行起诉,则前诉既判力的客观效果能够扩张到后诉之中,后诉不得作出与前诉相矛盾的裁判。当然,如果股东提起的诉讼不是基于前引司法解释的含糊不清的利润分配方案,而是请求公司执行分配利润的公司决议之诉,其情形则属另当别论,此时为类似必要共同诉讼,既判力发生全面扩张,这是因为该诉的性质表面上看似属于财产给付之诉,但究其实质乃属行为给付之诉。其他诸如多个债权人基于代位权所提起的诉讼等类似的必要共同诉讼,也应当做相同的解释。

^⑥ 参见邵明:《民事诉讼法学》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第117页。

^⑦ 参见史际春、肖竹:《公司法教程》(第3版),中国政法大学出版社2013年版,第80页。

再看被告型类似必要共同诉讼的案件。被告型的类似必要共同诉讼基本上都属于给付之诉,典型的例证是连带责任之诉。在连带责任之诉中,原告如果状告全部的连带责任人,则生效裁判的既判力无论胜败皆全部及于所有的连带责任人,但这不属于既判力的扩张,而是既判力的适用和落实。只有在原告仅仅起诉部分连带责任人时,其既判力才有扩张之可能;然而,这里的既判力扩张并非全面扩张,而是局部扩张。原告获得生效裁判后,其既判力的主观范围仅仅限制在被告原告起诉的诸被告人之中,未被原告列为本案被告的其他连带责任人并不受该生效裁判的拘束,该生效裁判的既判力不得直接适用于诉讼中的潜在当事人,原告不能凭藉生效判决对其他的连带责任人申请强制执行。然而,这并不是说既判力中所有的效力均不予扩张,其不扩张的效力为主观的效力和执行的效力,其所扩张的是既判力的积极效果,若原告此后就其他的连带责任人提起诉讼,法院应当受前诉判决效力的拘束,而不得作出与前诉相矛盾的裁判。比如,在一般保证之诉中,原告先就主债务人提起诉讼,获得胜诉后,并不妨碍原告此后继续向保证人提起诉讼,^⑧在此后向保证人所提起的诉讼中,前诉关于主债权债务关系有效的司法判断对后诉具有拘束力,后诉只能在前诉的基础上继续进行,而不得另起炉灶无视前诉的既判力。既判力这种积极效果的扩张正是类似必要共同诉讼所带来的效果。

综上所述,既判力是否具有全面扩张性曾经长期作为是否构成类似必要共同诉讼的试金石,同时也被视为类似必要共同诉讼的内在的本质规定性;然而,随着类似必要共同诉讼制度的扩大化发展,有必要对这种以既判力是否具有全面扩张性作为检验类似必要共同诉讼是否能够构成的标准的学说进行修正,根据诉讼标的之性质和种类,类型化地观察和确定类似必要共同诉讼的既判力之扩张形态,将类似必要共同诉讼划分为既判力全面扩张的类似必要共同诉讼和既判力局部扩张的类似必要共同诉讼两种形态。

二、类似必要共同诉讼的识别标准

在笔者看来,“合一裁判说”应当取代“既判力扩张说”而成为判断是否属于类似必要共同诉讼的准据和标尺。正是在“合一裁判说”的基础上,类似必要共同诉讼的识别标准得以形成,其内容主要有二:一是看共同诉讼中所涉及的诉讼标的是否具有同一性或牵连性,这是识别类似必要共同诉讼的客观标准;二是看实体法对诉讼案件所涉及的民事法律关系是否具有非合一处理不可的立法者意旨,这是识别类似必要共同诉讼的除外标准。

(一) 识别类似必要共同诉讼的客观标准

识别类似必要共同诉讼的客观标准是一般性标准,由于其乃是根据诉讼标的之性质和特征来识别类似必要共同诉讼的,因而也可被称为客体标准或标的标准。《民事诉讼

^⑧ 通说认为,一般保证中的保证人责任属于补充责任,就主债务纠纷经审判或仲裁,并对债务人财产强制执行后主债权仍不能满足的,一般保证人方补充承担责任。参见魏振瀛主编:《民法》(第4版),北京大学出版社2010年版,第44页。

法》第52条第1款为我国的共同诉讼提供了两个识别标准：一是诉讼标的是共同的，二是诉讼标的是同一种类的。前者为必要共同诉讼的识别标准，后者为普通共同诉讼的识别标准。然而，如前所述，我国《民事诉讼法》并没有对必要共同诉讼进行进一步细化分类，其结果就是将必要共同诉讼完全等同于固有的必要共同诉讼，类似的必要共同诉讼被排除在共同诉讼的范围之外，因而造成了司法实践中固有的必要共同诉讼在适用范围上过于扩大化的弊端，为此有必要在立法论上增设类似必要共同诉讼这种诉讼类型。类似必要共同诉讼有一部分是从固有必要共同诉讼中分化出来的，其诉讼标的与固有必要共同诉讼一样，都是诉讼标的具有同一性或相同性。对于这部分类似必要共同诉讼，如果单从诉讼标的上看，是无法将其与固有必要共同诉讼区分开来的，要将二者区别开来，还需借助于识别类似必要共同诉讼的除外标准。从固有的必要共同诉讼中分化出来的类似必要共同诉讼在整个的类似必要共同诉讼中的比例并不高，而且带有因时而变的动态性；类似必要共同诉讼中的绝对多数是另辟蹊径而创造性形成的诉讼标的不是具有同一性而是具有牵连性的类似必要共同诉讼，这是我国立法和司法实践中更应当关注和重视的类似必要共同诉讼之新类型。

诉讼标的具有同一性这一客观标准比较容易理解，比如共同共有关系就是其典型例证，因而无需过多展开，而诉讼标的具有牵连性这一客观标准则形态多样，需要稍加阐述。具体而言，诉讼标的之牵连性主要有以下形式：

一是并列型牵连关系。所谓并列型牵连关系，是指在类似的必要共同诉讼中，所涉及的各个诉讼标的处在平行或水平的状态，它们相互之间性质相同、地位平等，没有高低之分。典型的例证是连带责任之诉，原告诉多个被告因共同侵权而承担连带责任，其所涉及的诉讼标的便是并列型牵连关系的诉讼标的，法院作出原告胜诉的判决后，原告可以选择其中任何一个被告申请强制执行，也可以同时对部分或全部被告主张权利或申请强制执行，履行全部债务的连带责任人可以向其他连带责任人追偿。^⑨

二是主从型牵连关系。所谓主从型牵连关系，是指在类似必要共同诉讼中，其所涉及的诉讼标的在两个以上，其中一个是主要的诉讼标的，而其他的则是次要的诉讼标的，次要的诉讼标的从属于主要的诉讼标的，法院首先要对主要的诉讼标的进行审理和判断，之后再对次要的或从属的诉讼标的进行审理和判断，其审理和判断的逻辑关系不能颠倒。典型例证便是担保责任之诉。在担保责任之诉中，主债权债务关系为主要的诉讼标的，担保法律关系是次要的也是从属的诉讼标的，前者被判断有效后，后者才有可能被判断为有效；前者若无效，后者一定无效。

三是预备型牵连关系。所谓预备型牵连关系，是指在类似必要共同诉讼中，所存在的两个或两个以上的诉讼标的，在性质上具有先后相继的关系，其在判断和满足上只能二者居其一，而不能兼得。又因为这种被合并的共同诉讼具有先后的预备和被预备之关

^⑨ 民法上的债务加入所形成的也是连带性法律责任，原告所提起的诉讼亦属类似必要共同诉讼。参见吴峻雪：《债的一揽子加入之诉的性质》，载《人民司法（案例）》2019年第23期，第72页。

系,因而也有学者称之为预备的主观合并之诉。^⑩比如,原告诉被告履行买卖合同给付货款,但同时向被告的代理人提出诉讼,主张若买卖合同无效,则追究其无权代理的法律责任。这两个诉讼原告只能满足其中一个,而不可能两个均获得胜诉(当然可能两个诉讼均归于败诉),这就是预备型的类似必要共同诉讼,法院对此必须合一裁判,否则就可能造成矛盾裁判(比如既判决前诉被告给付货款,又判决后诉代理关系无效,代理人应当承担赔偿责任)。这种预备型的类似必要共同诉讼,在大陆法国家也被称为“同时审判申请共同诉讼”。^⑪

四是连环型牵连关系。所谓连环型牵连关系,是指在类似必要共同诉讼中,一个原告为了实现一个目的而诉若干个被告,其诉讼标的相互之间环环相扣,具有手段和目的之关系,前面的各个诉皆是手段,后面的诉才是目的。比如,甲从丁处购买房屋一套,付款后丁说房屋无法过户,因为他从丙处购得也没有过户,甲找到丙交涉,丙说他从乙处购得,也没有过户,因此甲基于代位权和自己的请求权起诉乙、丙、丁,主张该房屋所有权过户登记,要求法院判令乙将房屋过户给丙、丙将房屋过户给丁、丁将房屋过户给甲。从诉讼标的之独立性来看,该诉是若干独立之诉的简单合并,其诉讼标的属于同一种类,所构成的似乎是普通共同诉讼,法院对各诉可以分别裁判;但如果这样,就有可能出现矛盾裁判的现象,比如法院判令丙将房屋过户给丁、丁将房屋过户给甲,但驳回乙将房屋过户给丙的请求,这样,甲的诉讼请求则从根本上无法得到实现,前两个裁判内容也无法执行,法院作出的这种裁判便是错误的。之所以会发生错误,便是因为法院没有将该诉作为类似必要共同诉讼对待,如果法院作出合一裁判,上述现象便可避免。当然,可以设想,诉讼标的具有牵连性的情形还会存在其他形式,但从逻辑上说,其主要的情形就是上述的四种。

概而言之,如果共同诉讼中所涉及的诉讼标的既不是同一的,也不是同种类的,而是牵连的,则只要满足除外标准,也即除非实体法明确规定其为固有的必要共同诉讼,基本上就可以认定其为类似必要共同诉讼。

需加说明的是,诉讼标的具有牵连性的共同诉讼尽管基本上均可归入类似必要共同诉讼的范畴,但仍有一种情形需加排除,这就是基于先诉型牵连关系所产生的共同诉讼。比如在一般保证之诉中,原告单独起诉保证人而没有起诉主债务人,此时法院应当依职权追加主债务人为共同被告,因为除非在连带保证关系中,主债务人对清偿其债务负有在先的法律责任,其诉讼形态则为固有的必要共同诉讼;之所以这类诉讼标的具有牵连性的共同诉讼要例外地归入到固有的必要共同诉讼之中而不是常规地归入类似的必要共同诉讼之中,根本原因在于其诉讼标的之连带性属于先诉性关系,而不属于前述并列

^⑩ 参见范光群:《主观预备合并之诉在台湾地区的发展》,载《法学家》1999年第5期,第103页。主观的预备合并之诉不仅包括被告为多数的情形,也包括原告为多数的情形,无论原告为多数抑或被告为多数甚或原被告均为多数,法院只能判决其中之一为胜诉,而不可能均判为胜诉,这就是合一裁判的诉讼机理,因而属于类似的必要共同诉讼。

^⑪ 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,载《交大法学》2012年第2期,第128页。

性、主从性、预备性以及连环性牵连关系,此不可不察。除了一般保证法律关系外,其他诸如侵权责任法上的先付责任、补充责任等均属同类性质的法律责任关系,^⑫基于这些法律关系所发生的纠纷,如果原告仅仅起诉履行法律责任在后的当事人,法院则应追加在先的法律责任人为共同被告,此时所构成的诉讼形态为固有的必要共同诉讼而非类似的必要共同诉讼。

(二) 识别类似必要共同诉讼的除外标准

识别类似必要共同诉讼的除外标准是特殊性标准,是指虽然根据客观标准其应当属于类似必要共同诉讼,但由于实体法的特别规定而使之被归入固有有必要共同诉讼之中;由于该标准来源于实体法的规定,因而也可被称为实体法标准。该标准主要在诉讼标的具有同一性的案件中适用,因为诉讼标的具有同一性的共同诉讼,绝大部分都属于固有的必要共同诉讼,只有一小部分才在立法有明文规定或符合实体法的立法精神时属于类似的必要共同诉讼。前述所有的原告型类似必要共同诉讼均是按照该实体标准而从固有的必要共同诉讼阵营中分解出来的。为了说明该一标准,笔者试以大陆法系国家(地区)民法上有关共有财产方面的规定作为例证加以解释。

根据《德国民法典》第 1011 条的规定,每个共有人可以就物的全体向第三人主张因所有权而发生的请求权,第 2039 条规定,请求权属于遗产的,义务人只能向全体继承人共同履行给付,共同继承人中的任何一人只能请求向全体继承人的利益履行给付。共同继承人中的任何一人可以请求义务人将待给付的物为全体继承人的利益而提存,待给付的物不适于提存的,交给法院所选任的管理人。^⑬对此,德国学者的解读是:如果众多权利人在此情形起诉,则并不涉及因实体法理由而产生的必要共同诉讼(固有的),因为各个共同诉讼人也具有诉权;主流观点认为这是因诉讼理由产生的必要共同诉讼(类似的)。^⑭再看日本,一般而言,不动产共有关系之诉属于固有的必要共同诉讼,但根据《日本民法典》第 428 条的规定,部分共有人对第三者提起的给付之诉中,共有物的返还请求、排除妨害、注销登记请求等等,都具有使共有物免受第三者侵害的保存行为之性质,因此,各共有人单独提起诉讼时,其作为一种物权保护请求而被许可,^⑮其所形成的

^⑫ 《合伙企业法》第 39 条规定:“合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的,各合伙人应当承担无限连带清偿责任”。据此,债权人在起诉各合伙人之前或同时,应当先行或同时起诉合伙企业,这种诉讼形态为固有的必要共同诉讼,而非类似的必要共同诉讼。参见滕威:《我国合伙诉讼主体地位二元模式之构想》,载《法律适用》2012 年第 2 期,第 45 页。

^⑬ 参见《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社 2010 年版,第 258 页。

^⑭ 参见前注④,汉斯·约阿希姆·穆泽拉克书,第 141 页。

^⑮ 《日本民法典》第 428 条规定:“根据债权的性质或者根据当事人的意思表示为不可分的情况下,有多个债权人时,各债权者对所有的债务者请求履行债务,债务者对单个债权人履行债务时视为对全部债权人履行债务”。《日本民法典》,王书江译,中国法制出版社 2000 年版,第 81 页;日本 2017 年通过《关于民法部分改正的法律》,2020 年 4 月 1 日开始实施。该条表述为:第 428 条(不可分债权)本节第三分节(连带债权)的规定(第 433 条及第 435 条的规定除外),准用于债权标的在性质上不可分而债权人有多数人的情形。参见《日本民法典》,刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译,中国法制出版社 2018 年版,第 97 页。

乃是类似的必要共同诉讼而非固有的必要共同诉讼。这便是其所谓不可分债权理论。^{①⑥}同理,根据不可分债务理论,在被告方处于共有关系之诉中,日本有很多法院的判例根据《日本民法典》第430条之规定,否定这种情形下必须进行固有必要共同诉讼。^{①⑦}比如,在土地所有人对其土地上建筑物的共有人中的一人提起诉讼,请求撤除建筑物交还土地的案件中,也被认为不属于固有的必要共同诉讼而是类似的必要共同诉讼。^{①⑧}

我国《民法典》第307条规定:“因共有的不动产或者动产产生的债权债务,在对外关系上,共有人享有连带债权、承担连带债务,但是法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外;在共有人内部关系上,除共有人另有约定外,按份共有人按照份额享有债权、承担债务,共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人,有权向其他共有人追偿。”然而,因共有财产被他人损害或者共有财产使他人遭受损害,共有人对外享有连带债权或承担连带责任,对于这样的连带性的共同权利或共同责任,是否任何一个或部分共有人都可以独立行使权利或承担责任,而无需全体共有人共同为之?法律规定并不明朗。民法学者给出的解释是,《物权法》第102条(《民法典》第307条)是指共有人对于公共债务以承担连带责任作为基本的责任原则。^{①⑨}然而我国司法解释对此给出了否定性答案。1992年7月14日实施的《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56条规定:“共有财产权受到他人侵害,部分共有人起诉的,其他共有人应当列为共同诉讼人”。2015年2月4日实施的《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》(以下简称“《民事诉讼法司法解释》”)第72条规定:“共有财产权受到他人侵害,部分共有人起诉的,其他共有人为共同诉讼人”。该司法解释尽管删除了前一司法解释中的“应当列”三个字,但从文义解释上看,其仍将此种诉讼作为固有的必要共同诉讼对待,而尚未引入类似必要共同诉讼的解释范式。我国台湾地区在该方面则有明显变化。台湾地区学者传统上一般认为,共同共有物返还请求权之诉属于固有的必要共同诉讼,但在台湾地区“民法物权编”于2009年1月23日修正后,鉴于其

①⑥ 我国司法实践中已经出现共有关系部分人诉讼的案例。如在“吴家根与吴家成财产损害赔偿纠纷案”中,争议的房屋属于五人共同共有,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,其中一个共有人单独针对一个侵害人提起损害赔偿诉讼,法院认可了该单一诉讼,而没有将其作为固有必要共同诉讼将其他共有人追加为共同原告和共同被告。参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民一(民)再6号民事判决书。

①⑦ 《日本民法典》第430条规定:“前条规定的以及下一条规定的连带债务规定(434条开始到440条的规定除外)是对于数人承担不可分之债的情况下适用的”。前注①⑤,王书江译书,第82页。日本2017年修改后的该条表述为:第430条(不可分债务)本节第四分节(连带债务)的规定(除第440条的规定外),准用于债务标的在性质上不可分而债务人有数人的情形。参见前注①⑤,刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译书,第98页。

①⑧ 参见前注①①,三木浩一文。我国司法实践中也出现了类似案例,相关介绍参见蒲一苇:《诉讼法与实体法交互视域下的必要共同诉讼》,载《环球法律评论》2018年第1期,第47页。在“丁翠萍、丁翠花、丁翠珍与何建良、丁小尊共有权确认纠纷案”中,其中三个共有人对共有房屋的拆迁补偿款向其他部分共有人提起诉讼主张分配其应得之份额,法院并没有将其他三个共有人追加共同被告。参见上海市高级人民法院(2016)沪民(申)1442号民事裁定书。

①⑨ 参见孙宪忠:《中国物权法总论》(第3版),法律出版社2014年版,第110-112页。

“民法”第828条第2项准用“民法”第821条关于按份共有物返还请求之规定,因而在诉讼中,共同共有物返还请求权之诉也随之转变为类似必要共同诉讼。^{②①}实体法标准在诉讼标的具有单一性或同一性的共同诉讼中发挥着划分固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼的作用;原本属于固有必要共同诉讼的案件类型,基于实践的需要,实体法网开一面将其降为类似必要共同诉讼乃至单一诉讼,从而致使原有的固有必要共同诉讼的“地盘”大大缩小,并由此呈现出了一种发展趋势。

综上,在上述识别类似必要共同诉讼的两个标准中,第一个标准也即诉讼标的具有同一性或牵连性的客观标准具有决定性意义;如果诉讼中所涉及的诉讼标的具有同一性或牵连性,则所谓类似必要共同诉讼根本没有产生的前提。因此,客观标准应当是判断和识别类似必要共同诉讼的第一标准。在此基础上,如果诉讼标的具有同一性或牵连性,则还要看实体法上是否将其作为固有必要共同诉讼对待,此时需要适用第二标准也即除外标准或实体法标准。在诉讼标的具有牵连性的共同诉讼中,按照实体法标准,只有在实体法律责任具有明确的先后关系之时,诉讼形态方为固有的必要共同诉讼,此外所有的共同诉讼,均属类似的必要共同诉讼。与之恰好相反,在诉讼标的具有同一性的共同诉讼中,按照实体法标准,除非实体法明文规定或其立法精神和立法原则允许实行类似的必要共同诉讼外,其诉讼形态一般均属固有的必要共同诉讼。

三、类似必要共同诉讼的适用范围

基于前述识别标准,我们可将类似必要共同诉讼的适用范围确定为两个方面:一是诉讼标的具有同一性的诉讼案件,原则上适用固有的必要共同诉讼,例外时适用类似的必要共同诉讼;二是诉讼标的具有牵连性的诉讼案件,原则上适用类似的必要共同诉讼,例外时适用固有的必要共同诉讼。诉讼标的为同种类的诉讼案件只能适用普通共同诉讼,而不适用类似必要共同诉讼或固有必要共同诉讼。

无论如何,以识别标准来确定类似必要共同诉讼的适用范围,只能为其划定出大体的框架,而难以获得具体性和可操作性。要进一步明确类似必要共同诉讼的适用范围,必须在识别标准的指引下采用法律解释学对各项实体法的相关规定进行具体的法条阐释方能奏其效;值得一提的是,我国的司法解释对于类似必要共同诉讼也作出了诸多探索性规定,这些都为我们进行类似必要共同诉讼适用范围的明晰化作业和反思性检讨提供了丰富的素材。囿于篇幅,以下仅就我国《民法典》等制定法上的类似必要共同诉讼加以尝试性阐述和评析。

1. 《民法典》物权篇上的类似必要共同诉讼。《民法典》第280条规定:“业主大会或者业主委员会的决定,对业主具有法律约束力。业主大会或者业主委员会作出的决

^{②①} 参见张永泉:《必要共同诉讼类型化及其理论基础》,载《中国法学》2014年第1期,第220页。

定侵害业主合法权益的,受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。”业主请求法院撤销业主大会或者业主委员会作出的决定之诉,属于类似的必要共同诉讼。《民法典》第286条第2款规定:“业主大会或者业主委员会,对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。”第287条规定:“业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为,有权请求其承担民事责任。”据此,业主、业主大会和业主委员会对于上述侵害业主合法权益的侵权行为,可以提起诉讼,他们不必全部作为共同原告起诉,而可以由其中一个或部分主体提起诉讼,业主中也可以由部分业主而不必由全体业主提起诉讼,因而这类诉讼既可以是单一诉讼也可以是共同诉讼,如果人员规模众多,还可以是代表人诉讼。如果属于共同诉讼,其性质为类似的必要共同诉讼。《民法典》第388条第2款规定:“担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”据此,债务人、担保人、债权人中的其中一个起诉其他人,若其他人为多数,也是类似必要共同诉讼。

2.《民法典》合同编上的类似必要共同诉讼。《民法典》第518条第1款规定:“债权人为二人以上,部分或者全部债权人均可以请求债务人履行债务的,为连带债权;债务人为二人以上,债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的,为连带债务。”据此规定,部分连带债权人针对债务人提起诉讼或债权人针对部分连带债务人提起诉讼均具有当事人适格,为类似必要共同诉讼。从比较法的视角看,《民法典》第535条第1款的规定属于典型的类似必要共同诉讼条款:“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利,影响债权人的到期债权实现的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利,但是该权利专属于债务人自身的除外。”如果债权人有多数,则该条款便为多数债权人代位权之诉,属于类似必要共同诉讼。^④《民法典》第538条的规定也具有典型性:“债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益,或者恶意延长其到期债权的履行期限,影响债权人的债权实现的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”债权人

④ 《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)》第16条规定:“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法院可以追加债务人为第三人。两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的,人民法院可以合并审理”。本条第二句中的“可以”,应当改为“应当”,因为这不是可分可合的普通共同诉讼,而是可分必合的类似必要共同诉讼,当事人可以分别起诉,但一旦合并起诉,法院必须合一裁判。

为多数时,其所提起的撤销之诉亦为类似必要共同诉讼。^②《民法典》第 539 条的规定应当做相同解释。《民法典》第 688 条规定:“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的,为连带责任保证。”由此所形成的诉讼属于类似必要共同诉讼。但《民法典》第 687 条规定的一般保证,若债权人先行或同时状告保证人的,则属于固有的必要共同诉讼。《民法典》第 932 条规定:“两个以上的受托人共同处理委托事务的,对委托人承担连带责任。”若委托人对两个以上的受托人提起诉讼,则为类似必要共同诉讼。

3.《民法典》侵权责任编上的类似必要共同诉讼。侵权责任编上的类似必要共同诉讼比较多,凡是规定诸侵权人承担连带责任者,原则上均属于类似必要共同诉讼的范畴。如《民法典》第 1168 条规定的共同侵权责任,第 1169 条规定的教唆、帮助他人实施侵权行为的责任,第 1171 条规定的无意思联络数人侵权连带责任,第 1172 条规定的无意思联络数人侵权的按份责任,第 1194 条、第 1197 条规定的网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的连带责任,第 1211 条、第 1214 条、第 1215 条等规定的机动车事故的连带责任,第 1241 条规定的遗失、抛弃高度危险物侵权责任,第 1242 条规定的非法占有高度危险物侵权责任,第 1252 条规定的建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的侵权责任等等,除被告为具有先诉抗辩权者外,其相关诉讼均属于类似必要共同诉讼。^③

4.《民法典》婚姻家庭编上的类似必要共同诉讼。《民法典》第 1051 条规定了婚姻无效的情形。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2001〕30号)第 7 条之规定,有权依据《婚姻法》第 10 条(现《民法典》第 1051 条)规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体,包括婚姻当事人及利害关系人;利害关系人包括当事人的近亲属及基层组织等。据此规定,如果有两个或两个以上的适格主体提起确认婚姻无效之诉,则该数主体皆为共同原告,所形成的诉讼为类似的必要共同诉讼。由于在该类诉讼中被告也为复数,这就形成了对原告而言是类似必要共同诉讼,对被告而言是固有的必要共同诉讼的混合形态。

5.《公司法》上的类似必要共同诉讼。《公司法》上的诉讼可谓类似必要共同诉讼的发源地和大本营,主要有《公司法》第 22 条规定的股东提起的撤销股东会或者股东大会、董事会的决议之诉、第 151 条规定的股东派生诉讼和第 152 条规定的股东直

^② 《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)》第 25 条规定:“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼,请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为,人民法院应当就债权人主张的部分进行审理,依法撤销的,该行为自始无效。两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告,就同一标的提起撤销权诉讼的,人民法院可以合并审理”。该规定同样存在问题:在两个或者两个以上债权人以同一次债务人或同一债务人为被告提起撤销权诉讼的,人民法院不是“可以”而是“应当”合并审理。

^③ 《民法典》1170 条规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”二人以上实施危及他人人身、财产安全的共同危险行为责任,应属固有的必要共同诉讼,在原告仅起诉一个或部分被告时,法院应当依职权追加其他共同行为人为共同被告,因为若缺少部分被告,则案件事实无法查明。这可以视为是侵权连带责任中属于类似必要共同诉讼的一个例外。

接诉讼。^{②4}

6.《票据法》上的类似必要共同诉讼。《票据法》上的类似必要共同诉讼主要指的是其第68条之规定,该条规定:“汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序,对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的,对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后,与持票人享有同一权利”。据此,持票人可以针对汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人中的任何一人和多人提起追索权诉讼,在被告为多人时,该诉讼形态为类似必要共同诉讼。

以上列举性介绍难免挂一漏万,事实上,类似必要共同诉讼自从产生以后,便一直处在不断地发展变化之中,以致于有的学者称它为“流动的概念”或者说“类似必要共同诉讼的流动性”,每一个历史发展阶段,类似必要共同诉讼体现出来的类型不尽相同,这不同类型的类似必要共同诉讼横贯在一起,也表征着类似必要共同诉讼的概念内涵在不断丰富,其外延相应地在不断扩大,现在的类似必要共同诉讼的适用范围较之于其刚产生时期的适用范围要广泛得多,将来类似必要共同诉讼的适用范围越来越广,固有必要共同诉讼的适用范围越来越窄,这样一个发展趋势和演化规律,大体上是能够指出的。

四、类似必要共同诉讼的程序设置

类似必要共同诉讼是一个介于固有的必要共同诉讼和普通共同诉讼之间的中间形态的共同诉讼,其兼有两种共同诉讼的特点而形成别具一格的运作程序。我国《民事诉讼法》第52条并没有设置出类似必要共同诉讼这种诉讼形态,而仅仅局限于固有共同诉讼和普通共同诉讼的双轨制共同诉讼模式,实践中一般均是将类似必要共同诉讼的案件类型纳入到固有的必要共同诉讼之中进行调整和规范,因而造成了固有必要共同诉讼的“肥大化”现象,并造成了诉讼形式与实体规范相脱节的弊端。为克服此弊,有必要从立法论上提出修法建言,使类似必要共同诉讼将来在实践中有所遵循,为此笔者根据前文之分析和研讨提出以下几个条款以作为立法之参考:

第1款:在共同诉讼中,如果诉讼标的是共同的或者具有牵连关系,除固有的必要共同诉讼外,为类似的必要共同诉讼。类似的必要共同诉讼,原告可以单独或部分起诉,也可以共同起诉;被告可以单独或部分被诉,也可以共同被诉。

第2款:如果原告单独或部分起诉,或者被告单独或部分被诉,人民法院应当向原告释明,告知原告可以申请追加其他利害关系人为共同原告或共同被告。原告不申请追加的,人民法院可以通知其他利害关系人参加诉讼,但原告不同意追加被告的除外。经

^{②4} 《公司法》第152条规定:“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼”。

人民法院合法通知,其他利害关系人拒绝参加诉讼的,不影响人民法院对案件的审理。

第3款:除财产性给付之诉外,人民法院对类似必要共同诉讼所作出的生效裁判或调解书,其效力及于未参与诉讼的其他利害关系人。

第4款:因不能归责于本人的原因而未参与诉讼,但有证据表明生效裁判或调解书确有错误,损害其合法权益的,可以按照本法第56条第3款之规定,提起第三人撤销之诉。

第5款:本条未规定的,参照适用本法第52条(关于固有必要共同诉讼)之规定。

在这里不可能也无需对上述类似必要共同诉讼的条款做出条文释义般的解读,本文前面之阐述已经对这些条款的理论来源和制度背景基本上有了一个交待,这里笔者仅拟结合上述条款,就类似必要共同诉讼的程序结构做一重点式勾画,并就前文所未涉及之内容做适当补充。

笔者认为,类似必要共同诉讼的程序设置中有四个重点问题需要解决:一是当事人的追加问题,二是共同诉讼人的行为模式问题,三是案外人的程序保障问题,四是生效裁判的既判力扩张问题。最后一个问题前文已有详论,这里不再重复,以下仅就其他三个问题做出简扼阐释。

(一) 类似必要共同诉讼中的当事人追加

长期以来,类似必要共同诉讼被淹没在固有的必要共同诉讼之中,而未能独立,一个重要的“帮手”就是当事人追加制度。我国《民事诉讼法》第132条规定:“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加诉讼”。类似必要共同诉讼一向被认为是法院应当依职权进行当事人追加的诉讼类型,其诉讼标的之特殊性虽在实践中早已被感知和肯认,但其仍被融合于诉讼标的之同一性中,使法院依职权追加当事人成为理所当然、相沿未改的办案模式,当事人追加的强制性和职权性适用使类似必要共同诉讼与固有必要共同诉讼的基本区别被抹煞,职权主义诉讼体制在类似必要共同诉讼中找到了扩大化的栖息之地。不仅如此,《民事诉讼法》的后续两个条文还进一步加剧了类似必要共同诉讼当事人追加制度的牢固性和硬直性,从而使类似必要共同诉讼的当事人追加成为诉讼自始至终皆有可能的常规举措。依《民事诉讼法》第172条第1款第4项之规定,原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。《民事诉讼法》第200条第8项规定,“应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的”,成为当事人申请再审、检察院监督再审以及法院依职权再审的法定事由。可见,要使类似必要共同诉讼从固有的必要共同诉讼中分离出来,一个必要的制度性步骤就是重新审视当事人追加制度的合理性与科学性,法院对当事人实行强制性追加的制度必须退出类似必要共同诉讼的领域。

法院之所以不得对类似必要共同诉讼实行当事人的职权性、强制性追加,其根本的原因还要在类似必要共同诉讼的定义、性质和特点中寻找。类似必要共同诉讼虽然属于必要共同诉讼的大范畴,但其适用的前提却是是否共同起诉或共同应诉,也即是否构成

必要共同诉讼,原告具有处分权和选择权,法院不得任意干预,这里所适用的诉讼原则是当事人的处分权主义,而不是国家的干预主义。

然而,在类似的必要共同诉讼中,法院不进行职权性的当事人强制追加,并不意味着法院也不进行任何意义上的当事人追加。在当事人提出类似的必要共同诉讼时,法院如果认为具有直接利害关系的原告方或被告方有权参加诉讼或者与本案有关联最好被引入诉讼,基于纠纷一次性解决的诉讼理念,则仍然可以根据当事人的申请或者依职权进行当事人的追加,只不过,法院的这种当事人追加并非强制性的,而是任意性的,被通知参加诉讼的当事人有机会表达其是否参与诉讼的意愿,如果其不愿意参与诉讼,则法院不得强制性追加其为诉讼中的当事人。同时,基于“不告不理”原则,如果原告不同意追加被告,则法院不得追加被告为诉讼中的当事人。

法院之所以在类似必要共同诉讼中尚保留一定程度的当事人追加之权,其原因主要在于,没有参与诉讼的原告方利害关系人依据实体法的规定,与实际提起诉讼的原告人一样,也有权提起诉讼;在他们因各种原因(如未知悉诉讼之发生)未提起诉讼从而成为诉讼程序的原始启动者时,法院应当为其提供机会使其在诉讼进行过程中加入诉讼,成为共同诉讼中的原告人。不仅如此,类似必要共同诉讼的生效裁判在既判力将会在不同程度上扩及于他们,他们或者受生效裁判的直接拘束,或者受生效裁判的间接约束,因而考虑到程序保障的正当性原则,立法和司法理应为他们参与诉讼提供机会,以使裁判的既判力或其他效力的扩张获得正当性依据。

需加强强调的是,法院的职权追加通知所起到的作用主要是案件线索的信息告知,而是否愿意参加诉讼,则是利害关系人私权自治和诉权处分范围内的事项,法院并不强行干预。对于当事人这样一种既可以追加又不强行追加的特征,恰好与类似必要共同诉讼介于固有必要共同诉讼与普通共同诉讼之间的中间性特征相符,同时对传统上以强制性为唯一内容的当事人追加制度而言,任意性的当事人追加也丰富了其内涵,强化了它的司法针对性。

(二) 类似必要共同诉讼人的行为模式

《民事诉讼法》第52条第2款第一句规定:“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”。这是我国《民事诉讼法》为必要共同诉讼所提供的内部行为关系的效力模式,理论界一般将其概括为协商一致原则^②。然而,在类似必要共同诉讼产生后,其共同诉讼人之间的内部关系是否完全等同于固有的必要共同诉讼?其特殊性何在?此一问题需要引入一个概念加以分析,此即“类似必要共同诉讼人的行为模式”。

^② 参见齐树洁主编:《民事诉讼法》(第9版),厦门大学出版社2015年版,第147页。笔者认为这个概括未必准确,立法所规定的“承认”具有事后性特征,包括事后的明确认可与事后的默认两种表现形式,而协商一致原则乃发生在事先,因而与事后的“承认”存在差别。事实上,“承认”原则属于笔者后文所概括的“认可模式”之范畴。

笔者认为,在类似必要共同诉讼中,必要共同诉讼人所实施的行为可以归纳为四种模式,即:一致模式、准一致模式、独立模式和认可模式。以下分别简述。

所谓一致模式,指的是必要共同诉讼人按照《民事诉讼法》的规定,必须要采取一致行动才能实施的诉讼行为,否则,如果必要共同诉讼人单独实施该类诉讼行为,则其行为便因不适格或不合法而无法产生其所期待的相应的诉讼效果。这种需要必要共同诉讼人采取一致行动的诉讼行为主要存在于处分权主义层面,就原告方而言,其行为类型主要包括:针对何被告提起诉讼、提出何种诉讼请求、诉讼请求是否要变更或放弃、要不要撤诉从而提前结束诉讼程序、要不要申请强制执行、要不要提前撤回执行申请等等;就被告方而言,其行为类型主要包括:要不要认诺对方当事人的诉讼请求、要不要提出反诉等等;对双方当事人共同而言,其行为类型主要包括:要不要接受对方当事人的和解要约、要不要接受法院的调解方案、要不要与对方当事人达成执行和解协议等等。上述这些行为,无论是固有必要共同诉讼抑或类似必要共同诉讼均共同适用,但与固有必要共同诉讼不同的是:在类似必要共同诉讼中,原告方当事人无需协商一致共同提起诉讼,他们中的任何一个或部分均可独立提起诉讼,从而启动诉讼程序。

所谓准一致模式,是指虽然必要共同诉讼人对某些诉讼行为不是必须采取一致行动才能使之产生诉讼效果,而可以单独实施该类诉讼行为,但该行为所产生的诉讼效果等同于全体必要共同诉讼人一致所实施的同类诉讼行为的诉讼效果。准一致模式与一致模式的相同点在于,部分或个别必要共同诉讼人所实施的诉讼行为,与全体必要共同诉讼人所实施的诉讼行为,在诉讼效果上具有相同性,二者之间的差异存在于诉讼行为实施的主体有所不同,准一致模式中的诉讼行为主体仅为部分甚至个别必要共同诉讼人,而一致模式中的诉讼行为主体则为全体必要共同诉讼人。准一致模式主要适用于程序进行主义的层面,其行为类型包括:管辖权异议、申请回避、申请保全、申请先予执行、申请延期、申请调查取证、申请公告送达、申请排除非法证据、申请因对方举证妨碍而适用推定规则、申请诉讼中止、提出执行异议、申请检察院进行法律监督等等。由于准一致模式采用的是有利推定原则,因而其既适用于固有必要共同诉讼,也适用于类似必要共同诉讼,二者之间基本上不存在差异。需要提及的是,提出上诉、申请再审等这些与处分权主义密切相关的诉讼行为,原本应当划归一致模式的行为范畴,但由于这些行为重在引起具有监督意义的诉讼程序,而不直接关涉实体权益的处置事项,因而也属于这里的准一致模式范畴中的诉讼行为。

独立模式是指必要共同诉讼人中任何一个成员可以完全自主地实施对己有利而对必要共同诉讼人整体不一定有利的诉讼行为。独立模式之所以能够成为可能,是因为任何一个必要共同诉讼人,都是一个独立的诉讼主体,都有独立实施诉讼行为、从事诉讼活动、使之产生诉讼效果的能力,他们不是单独的一个主体,有多少共同诉讼人,就有多少独立的诉讼主体,他们之间所存在的必要共同诉讼关系,并不影响其诉讼主体地位的独立性。必要共同诉讼人所实施的一致性 or 准一致性(利他性)诉讼行为固不成问题,问

题在于,必要共同诉讼人除了有一致性或准一致性(利他性)意志外,其还有利己性的特殊性意志或个别性意志。独立模式主要围绕着当事人的辩论权而产生,其彰显和表征的是必要共同诉讼人的独立的诉讼人格。比如说,必要共同诉讼人中的每一个人都可以独立地委托诉讼代理人参与诉讼为己辩论、都可以以自己的名义聘请专家辅助人为其提供辩论协助、都可以在接受法庭询问时独立地回答问题、都可以根据自己的判断提供证据、都可以根据自己的理解发表辩论意见等等。这些行为乃通用于固有必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼之中;然而相对于固有的必要共同诉讼,类似必要共同诉讼中的当事人实施独立行为的空间更为广阔。比如,原告方共同诉讼人在诉讼过程中可以自主地决定退出诉讼,而无需取得其他共同诉讼人的同意;被告方共同诉讼人可以对原告所主张的不利于己的事实予以自认,而无需取得其他共同诉讼人的同意。比如在侵权连带责任之诉中,被告中的一人可以自认原告所主张的侵权事实,该自认不对其他共同被告生效;被告之一提出的诉讼时效抗辩,其他被告如果不加援引,对其他被告也不生效力。

认可模式是指必要共同诉讼人中的一个或部分实施了应当由全体必要共同诉讼人实施的诉讼行为,该诉讼行为原本不该产生应有的诉讼效果,但由于该行为被其他必要共同诉讼人予以追认或认可,则也可产生如同全体必要共同诉讼人一并实施诉讼行为所产生的那种诉讼效果。由此可见,认可模式是对一致模式的必要补充。之所以在一致模式之外还要辅之以认可模式,原因在于必要共同诉讼人在诉讼中实施诉讼行为并不总是协商在前,而往往是“先斩后奏”。比如,必要共同诉讼人之一在法庭调查时对相对方所主张的事实予以认可或承认,这一承认由于会对整体的必要共同诉讼人产生致命的诉讼效果(败诉),与实体权益紧密关联,因而需要由全体必要共同诉讼人实施,或者得到全体必要共同诉讼人的认可。如果个别或部分必要共同诉讼人实施了此类必须由全体必要共同诉讼人实施方为有效的诉讼行为,则除非其他必要共同诉讼人事后予以追认,否则不产生原本固有的诉讼效果。^{②⑥} 自认是如此,和解、调解、诉讼请求的放弃与变更、认诺等等,均是如此。认可模式不仅适用于固有的必要共同诉讼,而且适用于类似的必要共同诉讼。

以上四种模式,应以一致模式、准一致模式和独立模式为必要共同诉讼人的主要行为模式,其处在第一层次;认可模式仅是作为对一致模式的补救模式而发挥作用的,因而处在第二层次。我国《民事诉讼法》第52条第2款所采用的是上述诸模式中的认可模式。认可模式是对一致模式的补充,因而一致模式可被认为隐含其中。然而,如前所述,必要共同诉讼人的行为模式应有四个,除认可模式和一致模式外,还有准一致模式和独立模式,而这两个模式在我国《民事诉讼法》上均未涉及,此为立法上的缺陷,应

^{②⑥} 但是,在部分必要共同诉讼人实施自认行为的情形下,该自认行为虽然未经其他必要共同诉讼人的认可而无效,但并不意味着其不能产生证据上的效应,这部分的内容便划归为独立模式之中。

当予以补充。^{②7}

（三）类似必要共同诉讼中案外人的程序保障

案外人的程序保障问题在大陆法国家未受到应有的关注和探讨,但笔者认为该问题不仅客观存在,而且十分重要。这是因为,类似必要共同诉讼具有既判力扩张的效果,其生效裁判对未参与诉讼的其他利害关系人也会发生不同程度上的约束力,尤其是对形成之诉和确认之诉的类似必要共同诉讼而言,其既判力发生全盘性扩张,那些没有实际参与诉讼的“潜在”共同诉讼人也受生效裁判的拘束,并在“一事不再理”原则的支配下,失去了继续提起诉讼的任何可能。类似必要共同诉讼的这一特征就为该程序的设置提出了特殊性要求,此即对案外人提供充分和必要的程序保障,以使生效裁判的既判力向其扩张获得正当化依据,这是程序正义性原则在类似必要共同诉讼中的具体体现。

对案外人的程序保障无非有以下几种形式,即:参诉保障、辅助保障、再审保障、监督保障、撤销保障等五种形式。参诉保障体现在诉讼程序的早期阶段,由当事人申请或法院依职权通知其参加诉讼,改变其身份,使其由案外人变为诉讼当事人,这是最佳保障形式。然而,由于各种原因受通知人可能无法参加诉讼,尤其是这种通知对下落一时无法确定的案外人乃无济于事,因而这种保障留有死角不够完整。辅助保障是将案外人追加为无独立请求权的第三人参加诉讼,协助共同诉讼人实施诉讼活动,这种保障同样具有参诉保障的局限性,而且力度反而被削弱,因而不可采。再审保障是案外人在生效裁判确定后认为对己不利,因而申请再审试图将其推翻,从而使自己摆脱其羁束。这种保障虽不失为一种选择,但囿于再审之诉的主体适格性在我国严格限定于案件当事人,因而案外人申请再审也有障碍。^{②8} 监督保障主要指检察院的法律监督,而检察院的法律监督不仅难以面面俱到,而且也很难深入,因而其虽然不可或缺,但也不可作为唯一的保障力量予以仰赖。剩下来的撤销保障相比之下最为理想与可行,所谓撤销保障,是指案外人因不可归责于自己的原因而未能参与诉讼,而生效裁判的既判力或积极效果的扩张使其遭受了合法权益的损害,因而按照《民事诉讼法》第56条第3款之规定,向法院提起第三人撤销之诉,以谋求法院的公正裁判。撤销保障是诉讼程序结束后所提供的程序保障,是事后性保障而非事前性也非事中性保障,其设置不会给诉讼进程带来烦累,因而

^{②7} 我国有学者认为,我国民事诉讼中现有的处理必要共同诉讼人内部关系的协商一致原则在操作上很不方便,应借鉴大陆法系的做法,将有利原则作为处理内部关系的准则。参见董少谋主编:《民事诉讼法》(第3版),中国政法大学出版社2015年版,第163页。笔者认为,我国应当引入有利原则,但仍应保留承认原则。

^{②8} 《民事诉讼法司法解释》第422条规定:“必须共同进行诉讼的当事人因不能归责于本人或者其诉讼代理人事由未参加诉讼的,可以根据民事诉讼法第二百条第八项规定,自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审,但符合本解释第四百二十三条规定情形的除外”。该条仅适用于当事人不适格的固有必要共同诉讼,而类似必要共同诉讼人并非属于“必须共同进行诉讼的当事人”,因而未参与诉讼的其他共同诉讼人无法依据该条申请再审。案外人执行异议之诉是一个例外,按照《民事诉讼法》第227条之规定,案外人对执行标的提出的异议之诉,如果与生效裁判有关,则可以通向再审程序。在给付之诉的类似必要共同诉讼中,案外人可通过执行异议之诉进入再审程序,这可以看作是再审救济的特殊通道。

在类似的必要共同诉讼中,无论当事人是否齐备,也无论法院的通知是否到位,法院均可无顾虑地迅速推进程序的进行,以确保类似必要共同诉讼的效率性价值之实现,而将程序保障重点放在程序结束后,这样便有望实现类似必要共同诉讼的公正性价值和效率性价值的“双丰收”。如果在类似必要共同诉讼的前期或中期过于强化对案外人的程序保障,势必使类似必要共同诉讼的独特优势丧失殆尽,以致混同于固有的必要共同诉讼,最终将会取消类似必要共同诉讼的存在价值。因此,置于诉讼末端的撤销保障在诸保障方案中具有竞争优势,成为类似必要共同诉讼保障程序正义的首选机制。需补充指出的是,在类似必要共同诉讼中,只有那些没有实际参与诉讼同时又未收到法院的参诉通知的案外人,才享有在生效裁判确定后的撤销诉权,那些有证据表明知悉诉讼的进行而又拒绝参加诉讼的案外人不得提出撤销之诉。^{②⑨}

Abstract: It is necessary for the *Civil Procedure Law* to introduce similar necessary joint action so as to perfect China's necessary joint action system. From the development trend, similar necessary joint action is changing from narrow sense to broad sense, from traditional to modern, from monism to pluralism, and its scope is also expanding. As far as the applicable mechanism of similar necessary joint action is concerned, it is necessary to divide the similar necessary joint action into the following types: the type of same object of action and the type of implicated object of action, the plaintiff type and the defendant type, and the general expansion type of *res judicata* and the partial expansion type of *res judicata*, the standard of its identification is the objective standard of the commonness or implicitness of the object of action, supplemented by the exception standard in legislation. On this basis, this paper analyzes the similar necessary joint action in the statutory laws, such as the *Civil Code*. Some articles are put forward as suggestions for the amendment of *Civil Procedure Law*.

(责任编辑:陈贻健)

②⑨ 根据《民事诉讼法》第56条第3款的规定,提起撤销之诉的适格当事人为“前两款规定的第三人”,也即有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。类似必要共同诉讼中未参与诉讼的潜在共同诉讼人,虽然从文义解释上看其不属于提起第三人撤销之诉的适格当事人,但衡之以本条的立法宗旨,基于目的解释,应当认为其为适格的第三人撤销之诉的当事人,本质上等同于有独立请求权的第三人。如果不赋予其第三人撤销之诉的诉权的话,则个别或部分共同诉讼人与对方串通或基于不正当目的所提起的虚假诉讼就无法被撤销了,其显然非属本条立法宗旨之恰当阐释。参见熊跃敏、梁喆妮:《原审被遗漏的必要共同诉讼人能否提起第三人撤销之诉——基于〈民事诉讼法〉第56条第3款的法解释学分析》,载《法治现代化研究》2019年第6期,第47页。