

本书对民事之诉合并的理论问题进行了系统的研究分析,对审判实务中运用民事之诉合并存在的问题也做了比较深入的剖析和探讨,并结合民事之诉合并的原理提出了自己的看法。对于研究民事之诉合并问题以及司法审判实践工作具有重要参考价值。本书主要内容涉及:民事之诉合并的基本原理;诉的客观合并,包括诉的单纯合并、诉的客观预备合并、诉的兼合和合并以及诉的选择合并;诉的主观合并,包括诉的主观预备合并;固有必要共同诉讼、类似必要共同诉讼及普通共同诉讼;自愿反诉和强制反诉;本诉与共同被告之间诉的合并—交叉请求。

Civil Procedure Series



民事程序法论丛

民事之诉合并研究

张永泉 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D925.104

59

Civil Procedure Series

民事之诉合并研究

张永泉 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事之诉合并研究/张永泉著. —北京:北京大学出版社, 2009. 12
(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16088 - 6

I. 民… II. 张… III. 民事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 197568 号

书 名: 民事之诉合并研究

著作责任者: 张永泉 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16088 - 6/D · 2467

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 14.5 印张 221 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

论丛总序

本丛书的宗旨在于：大胆假设，小心求证；专注制度，推动立法。

2008年4月1日开始实施的修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》之所以仅仅是局部性的，而非全面性的；之所以未达预期的效果，而难免令人有失望之感，究其缘故，固然有诸多或种种，然而深层次上的原因，不能不被认为是，学术研究未能跟上立法之需求也。

反观我国的民事诉讼法学研究，起初营营碌碌于注释法学，后来迅速遭到诟病，认为这种研究长此以往，难脱原地踏步之嫌；于是乎，取而代之的乃是所谓的理论法学，以抽象思维见长的学者们，纷纷登台发表高见，短时间内，竟一扫注释法学之积弊，法学研究的面貌因之而焕然一新。然而，时间稍长，人们便发现，坐而论道原本是一件更为轻松的事，难点还在于，将放飞的思绪从辽阔的天空中收回，屏心静气地进行艰苦卓绝的制度构建。

具体的制度构建全然有别于潇洒的理论畅想，它需要有透彻的理论把握，敏锐的时代触感，宽阔的学术视野，务实的精心构筑，以及弥漫于全书中的价值说服力。这样的理论研究，显而易见，是多了一份枯燥，少了一份浪漫；然而，这样的理论研究，同样显而易见的，乃是真正的理论升华，培植了真正的学术之根。

德国学者海德格尔通过对“真理”一词的词源学考察表明，真理的古希腊语是 aletheia，原意是“无蔽”。可见，真理的本质就在于无蔽，而无蔽就是敞亮，敞亮就是本真。我们这套丛书，就是试图将我们各位作者本真的制度构想——无论是全面的抑或局部的，敞亮开来，达至无蔽，然而同



时还要绝对地说：我们距离真理很远。

因为我们距离真理很远，所以我们欢迎批评；因为我们贡献的是本真，所以我们能够收获真诚的争鸣——正是在争鸣中，民事诉讼法才能在妥协性的智慧中，扬帆远航。

此为序。

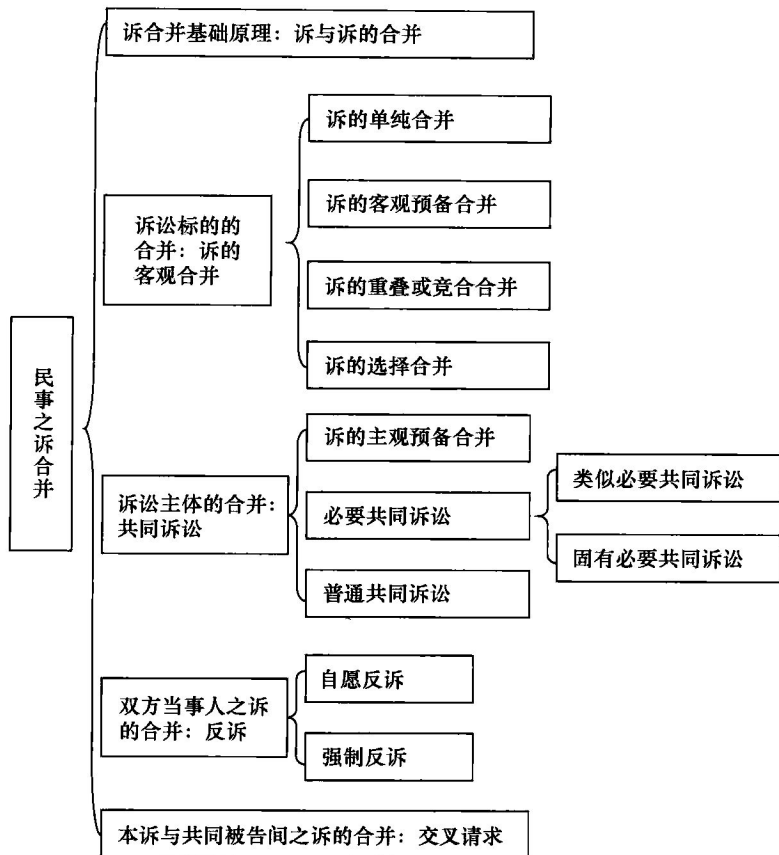
序

民事之诉的合并是民事审判中常见的情形,但目前我国《民事诉讼法》关于诉的合并规定得不够具体和完善,甚至对某些诉的合并种类还没有通过立法予以规定。同时,在理论上的研究也不够深入和系统,特别是针对现行的立法制度,以及审判实践中就具体的案件如何处理诉的合并问题,在理论上的探讨显得滞后。就笔者了解到的审判实践中对诉之合并问题的态度和处理而言,不同的法院、不同的法官的认识很不统一,甚至表现出很大的随意性。是否构成诉的合并?属于何种类型的诉的合并?适用什么样的规则来处理?作为诉的合并处理应当考虑哪些因素?这些问题都严重困惑着我国的审判实践,在立法的制度层面上也是显得含混不清。不管是诉的客观合并、诉的主观合并,还是反诉制度,在其他国家或者地区的诉讼法学理论研究中都已经比较成熟,立法上也是比较完善,审判实务中也基本认识一致。在我国司法审判实践中,对诉之合并问题处理的随意性,主要是缘于制度上不够完善,也与我国司法审判权运行环境有直接的关系。在考察和总结审判实践中存在的问题的基础上,借鉴其他国家或者地区的相关制度,以促进我国诉的合并制度在立法上的完善,是有着积极意义的。

笔者长期从事民事诉讼法学的理论研究,《民事之诉合并研究》是笔者在博士后流动站工作期间的研究成果。本书对民事之诉主观合并、客观合并、反诉、交叉请求等(详见下页“民事之诉合并”表),从理论层面进



行了比较深入、系统的探究,笔者对民事之诉合并理论的研究和思考,在一定程度上是对我国民事之诉合并理论的丰富和发展。本书对民事之诉合并的研究,紧紧结合我国的现行立法制度和司法审判实践,进行了比较深入的实证考察研究,笔者希望本书进行的思考和提出的观点对读者有一定的启迪,并为进一步深入系统地研究起到抛砖引玉的作用。



二

民事诉讼的类型应当充分体现和反映民事权利义务争议的各种样态,我国《民法通则》和《合同法》规定了民事无权代理的法律后果。从实



体法本身的规定来看是明确的,但如果对是否属于无权代理本身发生争议,作为第三方为了自己的利益主张权利的时候将面临艰难的选择,应当是以代理人还是本人(委托人)作为被告提起诉讼?如果将代理人和委托人一并作为被告提起诉讼,二被告无疑是不存在共同的权利义务的,显然不符合我国民事诉讼法规定的共同诉讼类型。在民事法律关系上,相对人主张权利的对方主体具有择一性,即仅仅只能够选择一个主体主张权利。在关于是否属于无权代理关系发生争议的情况下,相对人的这种选择就必须以法院的裁判为基础:法院通过审理认定代理关系有效或者无效。一旦作出司法上的权威认定,相对人就能够有效的选择。然而,法院通过审理认定代理关系效力的前提必须是相对人提起诉讼,这就陷入了两难的境地。问题的症结在于我国民事诉讼中,共同诉讼的类型不能够完全体现基于实体法律关系可能发生的纠纷的各种形态。

引入“诉的主观预备合并”理论,就能够解决这样的问题。其实,在司法审判实践中早已有这样做法。例如,甲公司采购经理 A 在收货单上签字,乙公司起诉甲公司支付货款时,甲公司否认其采购经理 A 签字收货属于职务行为。于是,乙公司把甲公司和采购经理 A 一并作为被告进行诉讼。对此类案件的处理,审判实务中有两种做法:第一,严格按照民事诉讼法的规定,这不属于共同诉讼,要求原告必须撤回一个被告,否则驳回起诉。第二,直接作为共同诉讼处理,主要是基于这样的考虑:原告诉讼的真实意图是要求收回货款,实际上是首先要求甲公司承担支付货款的义务,如果不能够证明属于职务行为,则要求采购经理 A 承担支付货款义务。

上述第二种处理方法,有两个被告存在,当然属于共同诉讼,但就现行立法而言,究竟属于何种共同诉讼?既非现行立法中的普通共同诉讼,也非必要共同诉讼,也就是说我国现行民事诉讼没有规定这类共同诉讼。这类诉讼实际上就是诉的主观预备合并情形。审判实践中,往往对于诉的主观预备合并没有清晰的认识,只是为了处理案件的方便,无意识地按照诉的主观预备合并来处理了。由于没有很好地认识和理解诉的主观预备合并原理,也就不能够严格按照诉的主观预备合并的原理和规则来运作。

学术界和司法实务界大多认为我国民事诉讼基本上采用了以辩论主



义为基础的当事人主义诉讼模式,在诉讼中尊重当事人权利。其实不然,就笔者的认识而言,法官行使的审判权应当包含两个方面的内容:一是对案件及当事人行使权力;二是对案件和当事人履行审判职责。在审判实务中,法官履行的审判职责确实大为减少,但行使的审判权力却一点也没有减少。^①追加当事人是民事诉讼中比较常见的情形,但是如何追加当事人?在什么情况下追加当事人?是法官依据职权追加当事人,还是必须根据一方当事人的申请追加?审判法官面对这些问题,往往都有一定的困惑。本书对固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼进行了比较全面和深入地分析研究,在一定程度上对于进一步认识和处理上述这些问题,提供了有价值的理论依据。特别是结合我国现行立法的规定,对必须追加当事人的共同诉讼案件类型进行了深入地剖析和反思,提出了自己的见解和观点。

笔者认为,应当从实体法律规范的视角来分析诉的主观合并。究竟在哪些民事主体之间产生民事实体权利义务关系,民事权利主体必须向某几个义务主体主张权利?还是有权选择向某一个或者某几个义务主体主张权利?这都是由实体法律规定的,这样的规定在一定程度上决定了民事诉讼中诉的主观合并问题。基于这样的理解和认识,在通常的情况下,对于哪些当事人参加民事诉讼活动,应当属于当事人的权利,由当事人选择和决定。如果是基于查明事实的需要,则应当通知其以证人身份参加诉讼,不能够作为诉讼当事人。诉讼当事人应当以实体法上的权利义务关系为标准。^②

当然,在民事诉讼中,诉的主观合并问题,还必须遵守诉讼的原理和

^① 在立案阶段,是否受理进入诉讼程序,决定权无疑属于法官,法官的职权行为十分显著。在诉讼程序中,涉及提供证据等事项,法官都会以“谁主张,谁举证”来要求当事人举证,尽可能地避免履行调查取证的职责,但如果当事人要行使增加请求、变更请求、提出反诉或者要追加当事人等权利时,法官通常会以法官职权来审查决定;当事人没有主张追加当事人,甚至根本不同意追加当事人,法官往往也会以职权进行追加(这里讲的固有必要共同诉讼以外的情形);不少民事判决书都有这样的表述:“本院不予理涉”,即对当事人提出的诉讼请求不予审理和裁判。可见,法院在实行辩论主义原则的时候,仅仅把“审判权”中“职责”部分赋予当事人,而“审判权”中的“权力”部分一点儿没有削弱,可谓“变态的辩论主义”。

^② 根据笔者的了解,一些法官追加当事人的理由是“为了查明案件事实,如果不追加为当事人,则无法让其参加诉讼,就无法对案件进行审理和裁判”。由此以来,追加当事人就变得更加随意,没有从实体法角度考虑当事人之间的权利义务关系。



规则,凡是属于固有必要共同诉讼的,必须作为共同诉讼人进行诉讼。对于是否构成固有必要共同诉讼,就要取决于诉讼中是否必须作出合一确定裁判。

诉的客观合并包括多种情形,诉的单纯合并与诉的选择合并是比较常见的形式,审判实践中也没有能够很好地处理。诉的客观预备合并还没有受到应有的重视,司法审判中甚至可能被认为“诉讼请求不具体”而要求当事人修改起诉状,或者不予受理,或者驳回起诉。其实,在某些情况下,运用诉的客观预备合并原理来处理,能够更有效地对纠纷进行审理和裁判。例如,在法官对民事行为效力与当事人认识不一致的情况下,我们通常是由法官释明,当事人根据法官释明变更诉讼请求来解决。但实践中也存在许多问题,遭到诸多学者的质疑。学者大多认为民事行为的效力已经远不属于法官释明权的范畴,是应当进行审理和裁判的对象。笔者认为法官释明以后,不是变更诉讼请求,而是运用诉的客观预备合并原理来审判,能够有效避免诸多问题。原告以合同有效提出诉讼请求,要求被告履行合同,而法官认为合同无效,则应当向当事人释明,当事人可以根据诉的客观预备合并原理提出两项请求:一是仍然以合同有效为基础,要求被告履行合同(主位请求),二是基于合同无效的事实基础,向被告提出一项诉讼请求(预备请求)。法院应当根据诉的客观预备合并的原理对上述请求进行审理和裁判,当事人如果不服一审判决提出上诉,二审法院应也应当按照诉的客观预备合并原理进行审判。

在民事诉讼中,被告对原告也存在实体请求权的情况下,被告是应当根据民事诉讼法的规定提出反诉,还是根据实体法的规定提出抵销抗辩?被告是提出反诉,还是提出抵销抗辩,应当是被告的权利。在多数情况下,提出反诉或者提出抵销抗辩都是能够成立的,但审理和裁判方式是不一样的,这就取决于被告的选择。我们理解和把握反诉条件的时候,还是应当立足于设置反诉制度的价值功能,注重当事人的权利选择和保障。但是,进入民事诉讼程序以后,是寻求公权力的司法救济途径,在有效保护私权利的同时,也必须维护公权力运行的权威性和稳定性。其他国家或者地区设置强制反诉制度,有其合理的价值基础,笔者建议我国设置强制反诉制度,明确设置强制反诉的要件,以完善我国反诉制度。

交叉请求制度是英美法国家民事诉讼中的一项制度,是共同诉讼人



之间(主要是共同被告)又相互提出诉讼请求,法院一并予以审理和裁判。英美法是从事实出发型的诉讼,注重对纠纷全面或者彻底的处理,交叉请求制度也就是这一精神的体现。我国民事诉讼法没有规定交叉请求制度,但是,审判实践中往往存在交叉请求的裁判案例。例如,原告甲提起诉讼,要求被告A、B、C对实施共同侵权造成的损害承担连带赔偿责任5万元。诉讼中,被告A提出自己承担5000元,其余的应当由被告B、C承担。法院在审理中如果既对原告主张的损害赔偿进行审判,同时,对三被告之间的责任予以审理和裁判,显然就属于交叉请求。

针对我国审判实践中的具体情况,最高人民法院也有关于处理类似交叉请求的司法解释。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177条规定:“必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的,按下列情况处理:(1)该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见,不涉及其他共同诉讼人利益的,对方当事人为被上诉人,未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明;(2)该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见,不涉及对方当事人利益的,未上诉的同一方当事人为被上诉人,对方当事人依原审诉讼地位列明;(3)该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的,未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。”该条的规定明确表明一审案件当事人既可以就对外部法律关系争议所作的裁判提出上诉,也可以就对共同诉讼人内部的法律关系争议所作的裁判提出上诉,或者同时提出上诉。该条司法解释的第三种情形表明,二审法院审理的法律关系,既包括一审原告和被告之间的法律关系,也包括一审共同诉讼当事人之间的法律关系。

可见,我国司法实践中,对于有些共同诉讼案件的审理,不仅仅是审理共同诉讼人和对方当事人之间的法律关系,还包括共同诉讼人内部的法律关系,即属于交叉请求的审理。但由于没有成熟的理论指导和立法规定,审判实践中的运作往往具有很大的随意性和主观性。交叉请求制度在民事诉讼中的适用,在一定程度上讲,就是对当事人持程序选择权利的尊重和保护,把有一定关联性的纠纷在一次诉讼中解决,有利于降低当事人的诉讼成本和审判机关的司法成本,更能够实现解决纠纷的彻底性。



三

笔者在从事本课题研究的过程中,到多个法院(包括高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院)和律师事务所进行了调研,同许多资深法官和富有诉讼经验的律师进行了大量的交流探讨,获益匪浅,很有启迪。就司法审判实践中如何处理诉的合并问题,笔者深深感受到,我国司法审判实践中对诉的合并的理解和处理与其他国家或者地区相比较,存在诸多不同,主要体现在以下几个方面:

第一,在我国的审判实践中,是否属于诉的合并,主要是由法官以职权决定,当事人显得十分被动。在其他国家或者地区,则更多体现出当事人的意愿。如我国的必要共同诉讼,法院都是依据职权追加当事人,而大陆法系国家或者地区,则是区分类似必要共同诉讼和固有必要共同诉讼,类似必要共同诉讼取决于当事人是否以共同原告起诉,或者是否把对方作为共同被告起诉,而只有在固有必要共同诉讼情况下,才能够追加没有参加诉讼的当事人。

第二,我国司法审判中往往是根据法官的意愿来决定是否作为诉的合并处理,很少考虑当事人的程序利益。在其他国家或者地区的民事诉讼中,法官更加注重当事人的程序利益。如诉的预备合并和竞合合并,我国的审判中几乎难以见到,往往是在立案审查时要求当事人修改诉状从而予以排除,或者审理中要求当事人明确选定来消除预备合并和竞合合并。

第三,在我国,普通共同诉讼极为少见,而必要共同诉讼的情形倒很普遍,特别是法院依照职权追加当事人的案件,能够经常遇到。反映出我国司法审判中对诉的主观合并(共同诉讼)有很大的随意性,制度的不完善导致实践中的不统一性。

正是由于这些区别的存在,在我国的司法审判实践中,我们经常会看见法院追加当事人的情形,包括追加原告、被告和第三人,其中追加被告的情形最为普遍。据笔者了解,在追加当事人的问题上(即诉的主观合并),许多法官有这样一种比较普遍的心态,就是宁愿多追加当事人,也不能够漏掉当事人。因为多追加当事人,即使被追加的当事人与案件没有



什么关系,最后不判决其承担责任就行了,不存在案件错误的问题。但漏列当事人的情形就不同了,一旦在二审程序中发现一审程序漏列当事人,就是属于严重违反法定诉讼程序,将被撤销原判而发回一审法院重审,法官也将为此承担相应的责任。

在诉的客观合并问题上,则出现了相反的情形。我们经常会在一些判决中看到这样的文字表述:“原告提出的……主张,属于不同的法律关系,本案不予理涉。”为了审理和裁判的方便,法官们尽可能在一个案件中处理一种法律关系,而排除当事人主张的多项法律关系,也就是排斥诉的客观合并。

诉的合并问题是与诉、诉讼标的、诉讼请求密切相关联的,前者是以后者作为理论基础的,只有对后者的研究达到很成熟的情况下,才能够很好地对诉的合并问题进行研究。尽管笔者在博士后研究工作期间,花费了很多时间和精力来研究诉的合并问题,仍然觉得有许多问题没有很好地解决。笔者认为,处理诉的合并问题,必须考虑这样几个因素:(1)在一次诉讼中尽可能多地解决纠纷,从宏观上降低解决纠纷的社会司法资源的投入;(2)注重当事人的程序利益,尊重当事人的意愿;(3)必须结合审判实践,充分探讨进行诉的合并审判的各项程序规则。

张永泉

2009年7月



民事程序法论丛

目 录

第一章 诉与诉的合并	(1)
一、诉的内涵考察	(1)
二、诉的构成要素	(6)
三、诉的合并的含义	(9)
四、诉的合并与诉讼标的及诉讼请求合并	(16)
第二章 诉的客观合并	(22)
一、诉的客观合并概述	(22)
二、诉的单纯合并	(24)
三、诉的客观预备合并	(28)
四、诉之重叠合并或竞合合并	(45)
五、诉的选择合并	(56)
六、关于我国诉的客观合并制度的思考	(60)
第三章 诉的主观合并	(65)
一、诉的主观合并概述	(65)
二、诉的主观的预备合并	(75)
三、必要共同诉讼	(91)
四、普通共同诉讼	(125)



第四章 双方当事人之诉的合并:反诉	(135)
一、反诉制度的产生和发展	(135)
二、反诉的性质	(139)
三、两大法系反诉制度比较分析	(144)
四、反诉制度的法理价值基础	(158)
五、反诉的条件	(163)
六、反诉与诉讼中的抵销抗辩	(180)
七、强制反诉与再反诉	(190)
 第五章 本诉与共同被告间之诉的合并:交叉请求	(200)
一、交叉请求诉讼制度考察	(200)
二、交叉请求制度体现了现代诉讼理念	(203)
三、我国民事交叉请求诉讼实证分析	(209)
 参考文献	(213)
 后记	(218)

第一章

诉与诉的合并

一、诉的内涵考察

(一) 诉的含义

我国民事诉讼理论界对民事诉讼中的诉的认识并不完全一致,存在各种各样的表述,诸如“制度说”、“手段说”、“行为说”、“声明说”、“请求说”等。诉是指法律规定保护当事人正当权利和合法权益,或者按照国家法律规定,请求审判机关解决民事纠纷的制度的一种制度^①,理论上称之为“制度说”。该学说认为,当事人之间发生民事纠纷时,如果不能通过其他合法途径解决,就必须交由审判机关审判,不允许用个人强力去解决。民事实体法关于民事法律责任的规定,民事诉讼法关于适用民事诉讼法案件范围的规定以及关于起诉条件的规定,是对诉的直接的具体规定,是诉的制度的主要内容。主张“手段说”的学者认为,诉就是一种保护民事、经济、家庭、劳动权利的诉讼手段^②,也就是认为诉是从司法上保护主体权利、社会主义法律和国家法律规范的诉讼上的手段。^③主张“行为说”的学者认为,诉就是指当事人向国家请求以裁判的形式保护其权益的行为。^④主张“声明说”的学者认为,诉就是当事人的权利被侵害或将

① 参见刘家兴:《有关诉和诉权的几个问题》,载《政治与法律》1985年第6期;黄际华:《论诉的制度》,载《江西法学》1987年第3期。

② 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第142页。

③ 刘家兴:《民事诉讼教程》,北京大学出版社1982年版,第111页。

④ 李瑛:《民事诉讼法要义》,辽宁大学出版社1985年版,第101页。