

## 反思民事连带责任共同诉讼类型 ——基于民事诉讼基础理论的分析框架

任 重\*

**摘 要:** 基础理论是民事诉讼理论分层中处于上位的三个层次。以处于第一层的诉讼目的和诉权理论以及处于第二层的辩论原则和处分原则为指引,以处于第三层的诉讼标的和既判力理论为中心,重新审视民事连带责任共同诉讼类型(第四层),具有重要的理论意义与现实意义。民事连带责任共同诉讼标的并不同一,且不存在既判力扩张,故并非固有或类似必要共同诉讼。只有坚持连带责任的普通共同诉讼定位,将必要共同诉讼限定在诉讼标的同一和既判力扩张的情形,并扩展“诉讼标的同一种类”的范畴,才能贯彻诉讼目的,保障当事人诉权,落实辩论原则和处分原则,并使当事人真正实现其民事权利。以民事诉讼基础理论作为分析框架对我国民事诉讼的立法、司法和理论进行反思与批判,同样是民事诉讼法学“法理化”的必经之路。否则,停留在注释和实证分析的民事诉讼法学终将枯竭其思想体系而退化为单纯的知识体系。

**关键词:** 理论分层; 规范研究; 法教义学; 连带责任; 诉讼标的; 普通共同诉讼

### 引 言

民事诉讼理论有用吗?<sup>①</sup>从人类知识成果和历史经验教训<sup>②</sup>的角度看,回答当然是肯定的。不过,民事诉讼理论之所以愈发受到法学学习者、司法实践者甚至是理论研究者的拷问,其质疑焦点多集中在民事诉讼理论对我国民事诉讼法的理解与适用是否有用以及用处有

\* 清华大学法学院副教授、博士生导师。

本文系北京市社会科学基金项目“民事诉讼法与民法衔接理论研究”(16FXC036)的阶段性成果。在本文的写作过程中,作者得到了张卫平、胡学军、孙良国、李国强、黄忠、丁宝同、屠凯、汪洋、黄忠顺、曹志勋、卢佩和罗恬漩等师友的指导和帮助,但文责自负。最后,特别感谢本文匿名外审专家提出的宝贵意见和建议。

① 如吴英姿教授以诉讼标的理论为例指出,看上去精细深邃的理论,因过于繁复且难以自圆其说而蜕变为纯粹的书斋学问,不仅不为司法实践所青睐,而且也未能影响相关立法,成了没有用武之地的“屠龙术”。参见吴英姿《诉讼标的理论“内卷化”批判》,《中国法学》2011年第2期,第177-190页。

② 关于普鲁士由当事人主义向职权主义的反向体制转型及其经验教训,参见本文第一部分。

多大。笔者认为,这一质疑是我国语境下的真问题,也是必须被认真回应的问题。但遗憾的是,虽然这一质疑在我国还没有经过广泛讨论且更无一般性共识,但却逐渐影响了问题的分析进路,甚至因为立场的不同而出现对同一法律条文大相径庭的理解与适用。<sup>③</sup>以《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民诉法》)第52条为代表的共同诉讼制度不过是又一例证罢了。该条第1款以诉讼标的作为区分必要共同诉讼和普通共同诉讼的核心标准,但《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》(以下简称《民诉意见》)第43条等条的规定却将连带责任诉讼一并作为必要共同诉讼的适用情形,<sup>④</sup>这也逐渐成为司法实践中的一般做法。<sup>⑤</sup>《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《民诉法解释》)第54条等条的规定虽然基本延续了《民诉意见》的规范表述,但起草者认为,连带责任诉讼属于类似必要共同诉讼。<sup>⑥</sup>然而,即便是以争议民事法律关系作为诉讼标的的识别标准也无法解释,缘何连带责任诉讼会被整体归入必要共同诉讼。<sup>⑦</sup>相关司法解释与司法实践逐渐架空了“诉讼标的共同”这一法定的识别标准,并可能使《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第178条第1款规定的债权人选择权沦为具文。

针对上述问题,本文将首先描述和限定基于民事诉讼基础理论的分析框架,并讨论其在我国的适用可能性;<sup>⑧</sup>然后重新审视我国民事连带责任共同诉讼的立法、司法与理论;最后尝试界定出符合民事诉讼基础理论框架的共同诉讼类型,同时,试图初步回应可能由此引发

③ 立场选择对于第三人撤销之诉的影响,参见任重《回归法的立场:第三人撤销之诉的体系思考》,《中外法学》2016年第1期,第139-164页。

④ 最初,学者们并未明确将连带责任作为必要共同诉讼的适用情形。必要共同诉讼的典型案件是继承案件,普通共同诉讼的典型案件是一个房主和多个租户之间的诉讼。参见陈翠银《谈共同诉讼与诉讼第三人》,《法学》1983年第2期,第30-31页。第一次将连带责任纳入必要共同诉讼的文献出现在1988年,作者认为,债务案件中享有连带权利或负有连带义务的一方或双方为复数的债权人或债务人是必要共同诉讼人。参见薛秋华《论共同诉讼》,《新疆社会科学》1988年第3期,第118页。不仅如此,连带责任这一概念在我国法律文本中具有多义性,其至少还包括不真正连带责任,如《侵权责任法》第43条、第59条、第74条、第75条、第83条、第85条以及第86条。基于集中讨论的需要,本文讨论的连带责任仅限于真正连带责任和不真正连带责任,而不包括补充责任和共同之债,特此说明。

⑤ 参见肖建华《论共同诉讼分类理论及其实践意义》,载陈光中、江伟主编《诉讼法论丛》(第6卷),法律出版社2001年版,第355、398页;段厚省《共同诉讼形态研究——以诉讼标的理论为方法》,载陈光中、江伟主编《诉讼法论丛》(第11卷),法律出版社2006年版,第266页;章武生、段厚省《必要共同诉讼的理论误区与制度重构》,《法律科学》2007年第1期,第112页;张永泉《必要共同诉讼类型化及其理论基础》,《中国法学》2014年第1期,第211-212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,第157页;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62页;张卫平《民事诉讼法》(第四版),法律出版社2016年版,第149页。

⑥ 参见沈德咏主编《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231页。

⑦ 我国民事诉讼标的的概念的“多义性”源于民事法律关系概念的“模糊性”。详细讨论参见本文第三部分。

⑧ 我国法理学经历了三次转型升级。第一次是20世纪80年代初,“法学基础理论”取代“国家与法的理论”;第二次是20世纪90年代初,“法理学”取代“法学基础理论”;第三次是21世纪初期,确立“法理”为法理学的中心主题,以“法理”为主线建构法理学体系。参见张文显《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期,第33页。与法理学的发展一脉相承,我国民事诉讼法学目前正处于“法理化”的转型升级中,即从民事诉讼制度构建和实践研究转型升级为民事诉讼制度原理研究,克服轻视法理研究所带来的民事诉讼理论研究的“贫困化”。参见张卫平《转型时期我国民事诉讼法学的主要任务与重心》,《北方法学》2016年第6期,第118页。而在“法理化”的转型升级中,民事诉讼基础理论及其分析方法是核心内容。参见张卫平《对民事诉讼法学贫困化的思索》,《清华法学》2014年第2期,第34页。

的担忧与质疑。本文的结论可能与司法解释以及实践的做法有诸多不合之处，其能否最终被法律适用者采纳还有相当长的检验期，因此，本文重在初步提出一个基于民事诉讼基础理论的分析框架。这更像是在想象另一种可能，试图对我国民事诉讼法律规范、司法实践与基础理论的协调统一之道以及程序法与实体法的衔接之路起到抛砖引玉的作用。同样不可忽视的是本文的局限，也即如何将民事诉讼基础理论的分析框架与民事连带责任共同诉讼类型有机结合起来。怀疑者的批评主要集中在民事诉讼基础理论在我国的具体作用，包括但不限于共同诉讼问题。一般性地探讨民事诉讼基础理论分析框架无法充分回应怀疑者的质疑。相反，将本文的论题集中在民事连带责任共同诉讼类型，又无法在总体上为民事诉讼基础理论辩护。因此，本文不得不选择“两线作战”：一方面，以连带责任共同诉讼为实例，呈现民事诉讼基础理论的分析框架及其运用；另一方面，以此为框架，尝试反思和重构我国民事连带责任共同诉讼类型。而对于民事诉讼基础理论分层，特别是第三层以下所包含的全部内容以及它们之间的相互关系等同样重要的理论问题，则不得不另文加以解决。

## 一、民事诉讼基础理论在我国的适用可能性

德国民事诉讼法学之父赫尔维格教授<sup>⑨</sup>在构建民事诉讼法学体系时坚持“法生规则”，而非“规则生法”（*regula ex iure sumatur, non ius ex regula*）<sup>⑩</sup>也即民事诉讼理论体系的构建要根据德国民事诉讼法，而不能直接套用罗马法和共同法理论。赫尔维格的忠告也道出了我国怀疑论者的初衷，毕竟我国语境下的民事诉讼理论是以德国和日本民事诉讼法律规定与司法实践为基础的理论升华和系统总结，其是否能够当然地适用于我国，抑或是应当对其进行哪些调整或修正才有可能在我国被适用？的确，长期关注我国民事诉讼法律与实践的学者都能举出不少具有我国自身特点的法律规定和诉讼制度，也能够数出不少我国司法实践自身的特点及难点。前者如两审终审、审限制度、第三人撤销之诉、审判监督程序和追加被执行人，后者如起诉难、证明难、再审难、执行难以及以“复转军人进法院”和“秋菊打官司”为代表的对我国法官职业素养和民众法律意识的质疑。然而，这虽然说明我国具体法律规定、司法制度以及法律环境与以德日为代表的大陆法系国家有差别，但又是否能够充分得出“民事诉讼理论在我国不可用”的结论呢？

对这一问题的回答首先需要明确民事诉讼理论是什么，而要界定理论的范畴，又不得不

<sup>⑨</sup> 参见注⑤，张卫平书，第192页。吕太郎也认为，赫尔维格教授对德国民事诉讼法理论体系的建立有卓越贡献，其学说对日本及我国台湾地区的诉讼理论，产生了极为强烈而深刻的影响。吕太郎引用三月章教授在台湾大学访问时的演讲“在文化的各层面可看到如下的共通现象，亦即在某种意义上的一贯体系之理论，一经带进向无学问上、实务上传统可言，而如白纸状之地，则容易强固地造成信仰于该理论立场之情况，且其所存残的紧缚力，较诸在其母国，更为根深蒂固。”参见吕太郎《民事诉讼之基本理论（一）》，元照出版有限公司2009年版，第191页。

<sup>⑩</sup> 参见[德]赫尔维格《诉权与诉的可能性：当代民事诉讼基本问题研究》，任重译，法律出版社2018年版，第110页；Vgl. Konrad Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit: Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts, 1905, S. 67, Fn. 27.

引出民事诉讼规范研究或法教义学。虽然民事诉讼法教义学在我国是新提法<sup>⑪</sup>，但绝非新事物。在教义学这一较为生僻的概念被引入之前，相同的研究方法一直以民事诉讼规范研究的称谓被持续推进。规范研究方法的前提是承认和尊重实在法的权威性、确定性和自身的逻辑性。这里的实在法包括制定法、法律的基本原理、原则和体系的自治。如果出现具体法律规定的矛盾和漏洞，规范研究将提供在法律原理和原则框架之下解决和应对的方法。<sup>⑫</sup>与我国民事诉讼规范研究如出一辙的是，德国民事诉讼法教义学作为教义学的分支，也是体系化地将个案归类到基本规则或基本原则中的方法。这种归类是在现行法的基础上或在对现行法的解析过程中完成的。不仅如此，世界上没有一个现代文明社会的法律体系可以不依赖这种体系化的工作而存在。只有依托这种工作，人类正义的最基本元素“平等”才可能得以完全实现，即同样情况同样对待，不同情况区别对待，相似情况修正性对待。<sup>⑬</sup>因此，无论是我国的民事诉讼规范研究方法，抑或是德国的民事诉讼法教义学，都要求在现行法基础上进行解释和抽象，通过抽取、合并同类项最终形成金字塔型的体系框架和理论分层。而在体系框架和理论分层中，至少可以根据抽象程度将其分为基础理论层和应用理论层，这也为我国学者所接受。例如，吴英姿教授就认为，在大陆法系民事诉讼理论中，诉讼标的被当作识别另行起诉、诉的变更与追加的试金石。但请求权竞合问题暴露出诉讼标的理论的短板，出现理论的“内卷化”。面对生动的司法实践，尤其是正处在改革与自我塑形中的中国司法制度，理论研究中更有价值的或许是尝试提出一系列的中层理论。<sup>⑭</sup>由此可见，我国学者对民事诉讼理论的批评和质疑也主要集中在基础理论层，而非应用理论层。只不过哪些应该被归入基础理论，基础理论内部是否又可再行分层，以及如何理顺基础理论和应用理论的关系，都还有待更进一步的讨论。本文也是在此语境下使用基础理论这个经常出现在民事诉讼法学讨论中

⑪ 通过中国知网进行检索，在“民事诉讼法”栏目下以“法教义学”作为篇名和关键词所得出的结果分别为1篇（检索时间为2018年8月17日）。前者为辛磊《证据法教义学语境下的民事非法证据排除规范设想》，《法制博览》2017年第20期，第172-173页；后者为杨博《立场与方法：神经认知科学在民法中的应用》，《社会心理科学》2016年第8期，第34-39页。关于民事诉讼法教义学的最新讨论，参见吴泽勇《中国民事诉讼法教义学的登场——评王亚新、陈杭平、刘君博〈中国民事诉讼法重点讲义〉》，《交大法学》2018年第3期，第171-181页；王亚新《对民事诉讼法学研究方法的反思——答吴泽勇教授〈民事诉讼法教义学的登场〉一文》，《交大法学》2018年第3期，第182-186页；黄海涛《基于实务，超越实务，任重道远》，《交大法学》2018年第3期，第187-192页。

⑫ 参见张卫平《民事诉讼法学方法论》，《法商研究》2016年第2期，第10页。有关民事诉讼理论体系的中国化，参见张卫平《我国民事诉讼法理论的体系建构》，《法商研究》2018年第5期，第105-116页。

⑬ 参见[德]施蒂尔纳《民事诉讼法中法教义学思维的角色》，霍旭阳译，载孙笑侠主编《复旦大学法律评论》（第二辑），法律出版社2015年版，第219-220页。

⑭ 参见注①，第177、189页。需要注意的是，中层理论是个相对概念。对于民事诉讼理论中的哪些内容可以被归入其中，不同学者存在不同认识。被吴英姿教授排除在中层理论之外的诉讼标的理论，却被刘哲玮教授归入了中层理论的范畴。参见刘哲玮《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》，《当代法学》2016年第3期，第22页。

的概念表述<sup>⑮</sup> 并试图通过理论分层来界定其内涵与外延。

### （一）民事诉讼理论体系的四个层次

诉讼标的理论之所以被视为另行起诉、诉的变更与追加等理论的试金石，在于它提供了抽象且统一的标准。也就是说，诉讼标的与另行起诉、诉的变更与追加存在着理论上的分层，处于上层的理论被预设对下层理论产生统筹和指引作用。那么，在诉讼标的理论以上是否还有更抽象的理论分层，抑或诉讼标的与诉讼目的、诉权、辩论原则和处分原则处于同一维度？为了厘清理论之间的相互关系和相互作用，同一维度论并非最优选择，因此，有必要对包含诉讼标的在内的基础理论层作再分层的尝试和努力。

为解决民事纠纷，国家设立了法院，从而使人们得以主张和实现民事权利。为了规范民事诉讼的程序，国家又制定出了民事诉讼法。<sup>⑯</sup> 当事人最关心的也是他可以在满足何种条件后获得胜诉并得到法院提供的法律保护。由此可见，民事诉讼的目的和诉权不仅是立法的逻辑起点，而且也是民事诉讼法学理论的出发点。它们构成了民事诉讼金字塔型理论体系框架的第一层。所有较之更为具体的民事诉讼理论问题都脱胎于此。任何民事诉讼法律制度的起点均在于，国家仅在极小的范围内准许个人动用自己的力量去保护其受到损害或受到威胁的民事权益。如果因为事实上或法律上的原因，个人不被准许或者也没有能力用自己的力量去保护其受到损害或被威胁的权益，那么，他就应当向国家设置的司法机关寻求救助。保障诉权正是诉讼目的的必然要求。国家通过排除私力救济并规定司法机关应当提供这样或那样的法律保护的前提条件，就是承认提供法律保护是国家的义务，并将诉权赋予个人。<sup>⑰</sup> 诉讼目的和诉权虽然抽象，但与民事诉讼法法律体系的具体样态密切相关，这也直接影响到当事人是否可以通过提起民事诉讼主张自己的民事权益。从诉讼目的论和诉权观出发，无论诉讼请求是否在事后看来有根据，任何人都应当被准许进入民事诉讼并在法院面前接受符合法律规定的审判。这正是禁止私人暴力的国家承诺，也是保障社会和平稳定的必然代价。

在第一层以下，具有相当抽象性和统领意义的第二层集中体现为民事诉讼的基本原则，它们是对诉讼目的和诉权的具体贯彻，起到了承上启下的重要作用。无论一个国家采用何种

<sup>⑮</sup> 参见胡亚球《民事诉讼制度的基础理论》，厦门大学出版社2008年版；田平安主编《民事诉讼法·基础理论篇》，厦门大学出版社2009年版；邵明《现代民事诉讼基础理论：以现代正当程序和现代诉讼观为研究视角》，法律出版社2011年版。此外，通过中国知网进行检索，在“民事诉讼法”栏目下以“基础理论”为篇名、关键词以及在正文中出现的论文数分别为8篇、2篇和5394篇（检索时间为2018年8月17日）。例如，张卫平《诉的利益：内涵、功能与制度设计》，《法学评论》2017年第4期，第1-11页；王亚新《通过强制执行的权利实现——执行程序的实际操作及其功能》，《当代法学》2018年第1期，第153-160页；林剑锋《既判力视角下定期金判决变更之诉的解释论展开》，《现代法学》2017年第6期，第130-141页；赵秀举《论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调》，《交大法学》2018年第1期，第23-32页；段文波：《庭审中心视域下的民事审前准备程序研究》，《中国法学》2017年第6期，第203-220页；陈杭平《“纠纷事件”：美国民事诉讼标的理论探析》，《法学论坛》2017年第6期，第54-62页；马丁：《论起诉状内容变更申请之合理司法应对》，《中外法学》2017年第5期，第1267-1294页；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1233-1251页。

<sup>⑯</sup> 参见注⑤，张卫平书，第8-9、14页；王亚新、陈杭平、刘君博《中国民事诉讼法重点讲义》，高等教育出版社2017年版，第5页；[德]罗森贝格、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1页。

<sup>⑰</sup> 参见注⑩，[德]赫尔维格书，第38-39、65页以下；Hellwig, a. a. O., S. 1, 25 ff.

诉讼体制或模式<sup>⑮</sup>都必须回答三个具体问题：第一，诉讼标的或法院审理和裁判的对象由谁来确定？第二，法院如何重现案件事实？第三，诉讼程序如何以及由谁来负责推进？对上述三个问题的回答分别出现了处分原则和职权原则、辩论原则和诘问原则、当事人进行原则和依职权进行原则之间的对立。对于上述民事诉讼基本原则，既有文献已经进行过客观且全面的介绍与评述，本文不再赘述。<sup>⑯</sup>值得注意的是，回答诉讼程序如何以及由谁来负责推进的基本原则并不构成识别民事诉讼模式或体制的根据，德国和日本都在民事诉讼法出台后不久便转向了依职权进行原则<sup>⑰</sup>，理由是其并不直接涉及当事人的民事实体权利，也不会使法官丧失中立地位，且由法院推进诉讼更有利于快速解决纠纷，能够节省司法资源并在结果上有助于权利人快速实现其民事权利。因此，以诉讼进行原则项下的送达制度来反推当事人主导型诉讼模式在我国水土不服，或许并非是最为直接和有说服力的选择。<sup>⑱</sup>

与第一层相比，处于第二层的民事诉讼基本原则对法律的理解与适用发挥着更为直接的作用，不过，司法实践鲜有直接用基本原则判案的做法，也少有精力逐案检讨具体法律规定是否遵循了相关基本原则。这是因为，在第二层和处于第四层的应用理论之间存在着更为具体且有较强可操作性的第三层，也被称为中间层。<sup>⑲</sup>第三层的典型代表是诉讼标的和既判力理论。与基础理论的第一层和第二层不同，处于第三层的基础理论为数众多，本文仅以既判力的作用方式和相对性为例<sup>⑳</sup>说明其与基础理论第一层和第二层的互动，讨论其对处于第四层的应用理论的指引作用。民事诉讼的目的是确认和实现当事人的民事权利，而非通过法院的诉讼程序和生效判决创设新的民事法律关系。当事人享有的诉权并不等同于客观存在的民事权利或民事法律关系，而法院生效裁判的对象也并不直接针对于此。此外，法院是在当事人提出的事实和证据的基础上认定事实并作出生效裁判的。生效裁判中确认的民事权利未必能够与客观状况保持一致。不仅如此，处分原则还要求法官不得超出诉讼标的的范围进行裁判。处于第一层的诉权理论、第二层的辩论原则和处分原则以及第三层的诉讼标的理论都决定了，民事生效裁判原则上不应直接变动民事法律关系，例外仅限于《中华人民共和国物权法》第28条所圈定的法律文书。<sup>㉑</sup>根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第7条，其包括人民法院分割动产或不动产案件中作出的依

<sup>⑮</sup> 率先在我国提出民事诉讼模式转型及其分析方法的是张卫平教授。参见张卫平《转制与应变——论我国传统民事诉讼体制的结构变革》，《学习与探索》1994年第4期，第90页以下。

<sup>⑯</sup> 例如，张卫平《我国民事诉讼辩论原则重述》，《法学研究》1996年第6期，第46-56页；张卫平《民事诉讼处分原则重述》，《现代法学》2001年第6期，第89-95页。

<sup>⑰</sup> 参见注⑮，[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德书，第539页；[日]新堂幸司《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第289-290页。

<sup>⑱</sup> 参见陈杭平《“职权主义”与“当事人主义”再考察：以“送达难”为中心》，《中国法学》2014年第4期，第200-216页。

<sup>⑲</sup> 参见注⑮，第220页。

<sup>⑳</sup> 有关既判力相对性原则的讨论，参见张卫平《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，《法学研究》2015年第1期，第68-86页；林剑锋《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》，《现代法学》2016年第1期，第130-142页；严仁群《既判力客观范围之新进展》，《中外法学》2017年第2期，第536-559页；卜元石《重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用——基本概念解析、重塑与案例群形成》，《法学研究》2017年第3期，第97-106页。

<sup>㉑</sup> 参见房绍坤《导致物权变动之法院判决类型》，《法学研究》2015年第1期，第87-100页；任重《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》，《政法论坛》2014年第1期，第54-61页。

法生效改变原有物权关系的裁判文书以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书和以物抵债裁定书。既判力的作用方式决定了其必须严守相对性要求，这同样得到了《民诉法解释》第247条到第250条的基本贯彻。

在德国，第三层的出现衍生出了一种“实用教义学”，即一种简化了的因而区别于法教义学的教义学。其任务在于使法律适用更易于操作，但对其风险则不可不查：其缺乏相关基本原则和基本规则的检验，而只有基本原则和基本规则才展示支撑判决的论据，并使其保持透明。<sup>②5</sup> 司法实践止于第三层的倾向及其风险对我国同样有重要的警示作用。但遗憾的是，通过考察我国民事共同诉讼与诉讼标的之间的关系就会发现，止于第三层的体系化过程在我国甚至都无法得到贯彻。受诉讼标的（第三层）直接影响的共同诉讼（第四层）并未严格遵循诉讼标的的内涵和外延，而是扩展到一切法律上和事实上的牵连性。

## （二）民事诉讼基础理论框架与民事诉讼体制转型

民事诉讼理论分层中的第一层和第二层分别回答了为何以及如何从总体上构建民事诉讼，因此，其对所有民事诉讼法律体系而言都是无法回避的问题。尽管如此，不同的价值取向可能会在上述问题的回答上产生大相径庭的结果，如当事人主义和职权主义在第二层的对立，而第二层的对立又是对第一层民事诉讼本原问题不同认知的反射。在“实体权利保障→私法秩序维持→纠纷解决→社会公共利益维护”的诉讼目的坐标轴上，越强调后位的诉讼目的，也就更倾向于限制当事人行使诉权的条件，其在民事诉讼基本原则就越偏向于职权主义。虽然我国目前仍处于职权主义模式，但幸运的是，当事人主义早已成为了立法、司法和理论的共识。<sup>②6</sup> 对此，德国民事诉讼反向体制转型的深刻历史教训也能为我国提供最为生动的反面教材。<sup>②7</sup> 这或许也从一个侧面表明，对司法权威的质疑和对司法不公的抱怨其实并非我国所独有，而是职权干预型诉讼体制或模式的固有弊病。

我国正处于并将在相当长的时期内处于民事诉讼体制的转型中，这是我国民事诉讼基础理论分析框架的最大国情，这也决定了我国民事诉讼规范研究或法教义学要采取有别于德国

<sup>②5</sup> 参见注⑬，第220-221页。

<sup>②6</sup> 参见许可《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展》，《当代法学》2016年第3期，第6-7页；冯珂：《从权利保障到权力制约：论我国民事诉讼模式转换的趋向》，《当代法学》2016年第3期，第27页；任重：《论中国民事诉讼的理论共识》，《当代法学》2016年第3期，第39-41页。

<sup>②7</sup> 虽然《弗里德里希诉讼法典》（1781）和《普鲁士邦国一般法院法》（1793）用职权探知原则代替了辩论原则，意图实现社会公共利益和诉讼效率，但在短短几十年后，普鲁士的民事诉讼就再次被修改，职权探知原则也因此被抛弃了。《1871年德国民事诉讼法草案及理由书》第202页写到“普鲁士诉讼法在最重要的基本原则上与德意志普通诉讼不同，并且构成了其直接的反面。普鲁士诉讼中，辩论原则和随时提出原则被指示程序所取代，法官据此被要求进行官方的救助，通过任何合法的手段去查明当事人之间存在的实体法律关系，这是从普通法形式主义的严格限制中解放出来的一次伟大尝试。但在司法实践中，这被证明是错误的和无法实现的，因此，很快就产生了修法的需求。人们可以说，法律发展的历史表明，在所有的诉讼体系中没有任何一个能够像普通诉讼法一样协调统一。”[德]莱波尔特《民事诉讼与社会意识》，任重译，载任重执行主编《民事程序法研究》（第十八辑），厦门大学出版社2017年版，第7页；Dieter Leipold, Zivilprozeßrecht und Ideologie—am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JuristenZeitung 1982, S. 443, Fn. 39. 对此文的评述，参见刘哲玮《怎样建设理想国——〈民事诉讼法与社会意识〉读后感》，载任重执行主编《民事程序法研究》（第十八辑），厦门大学出版社2017年版，第219-226页；任重《德国民事诉讼体制转型分析——读〈民事诉讼法与社会意识〉有感》，载任重执行主编《民事程序法研究》（第十八辑），厦门大学出版社2017年版，第227-237页。

和日本的作法。在德国和日本，基础理论已经对具体法律制度和司法实践发挥了长时间和深入的影响，并形成了裁判者潜意识中的行为习惯，而在此基础上的理论创新和相对化操作其实对基础理论分析框架并不产生根本影响。与我国最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条类似，德国2001年《民事诉讼法改革法》的修正理由也认为，如果当事人的主张中并不包含对新抗辩最低限度的暗示，法院则不负释明义务，诉讼时效抗辩亦同。<sup>⑳</sup> 柏林高等法院在2002年作出的裁定却认为，新法修正后，法院释明义务的范围已经扩大，法官可以对诉讼时效抗辩加以释明，这并不违反法官中立性要求，不构成当事人申请法官回避的事由。<sup>㉑</sup> 德国联邦最高法院在2003年作出的裁定中指出，法官如就可能的诉讼时效进行释明，就违反了法官中立性要求，并构成当事人申请法官回避的事由，因此，法官对此并不负释明义务。<sup>㉒</sup> 而法官中立性要求，正是民事诉讼目的和诉权论的应有之义，即国家不仅应保障当事人向法院起诉的可能性，而且应赋予每个参与者要求得到实际有效的权利保护的请求权。<sup>㉓</sup>

目前，我国经过三十余年持续推进所形成的基础理论层正面临与应用理论层的疏离。除了裁判文书说理不足导致研究者无法真正洞察司法实务部门的观点外，<sup>㉔</sup> 这也受制于理论研究止于第四层的做法。不仅如此，第四层的相对化趋势也开始逐步瓦解我国尚未完全成熟的基础理论层，这也是各级法院积极推动的改革创新所不应忽视的副作用。第三层在我国正受到所谓“现代”挑战，<sup>㉕</sup> 这其中不乏止于第四层甚至以司法解释和司法实践实质改动民事诉讼法律规定的做法。虽然这种做法在形式上与德国和日本的研究方法类似，重视司法实践并以此调整基础理论，但是照搬这种研究方法最大的问题正在于，通过职权干预型诉讼模式的司法实践反推出第四层并进一步提升到基础理论层，有可能使基础理论研究带有职权干预的DNA。透过理论之间的密切联系，由司法实践反推出的理论观点可能产生“蝴蝶效应”。以案件事实预决效力为例，无论是诉讼目的、诉权，抑或是处分原则和辩论原则以及既判力理论，都难以为案件事实预决效力提供理论背书。<sup>㉖</sup> 如果根据《民诉法解释》第93条第1款第5项和司法实践的做法，广泛认可人民法院发生法律效力的事实都是无须举证证明的事实，则不仅将在第三层突破既判力的客观范围，而且也将在第二层削弱辩论原则的正当性：错误的事实认定因为案件事实预决效力而产生连锁反应，其消极作用因为案件事实之间广泛的牵连性而可能影响到其他案件，<sup>㉗</sup> 为了避免这种风险变为现实，法官就必须保证事实认定的可靠性，也就不能满足于只是依靠当事人提出的事实和证据，而是要

<sup>⑳</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

<sup>㉑</sup> Vgl. KG NJW 2002, 1732.

<sup>㉒</sup> Vgl. BGHZ 156, 270 ff.

<sup>㉓</sup> 参见注⑩，[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德书，第16页。

<sup>㉔</sup> 参见曹志勋《对民事判决书结构与说理的重塑》，《中国法学》2015年第4期，第226-246页。

<sup>㉕</sup> 参见任重《论中国“现代”证明责任问题——兼评德国理论新进展》，《当代法学》2017年第5期，第19-32页。

<sup>㉖</sup> 对案件事实预决效力的理论反思，参见段文波《预决力批判与事实性证明效展开：已决事实效力论》，《法律科学》2015年第5期，第106-114页；曹志勋《反思事实预决效力》，《现代法学》2015年第1期，第130-138页。

<sup>㉗</sup> 这种风险已经出现在司法实践中，并逐渐成为第三人撤销诉讼的一种类型。但吊诡的是，第三人撤销之诉也同样会受到案件事实预决效力的影响。参见注③，第155页以下。

在事实认定上发挥主观能动性，这就部分否定了辩论原则的正当性。不仅如此，既然生效裁判所认定的事实会对后诉和他人发生作用，那么民事诉讼的目的也就不仅是保护当事人的民事权利，也是为了发现事实真相。由于事实真相涉及第三人的合法权益甚至社会公共利益，因而不能任由当事人自由处分，换句话说，民事诉讼不再只是当事人自己的事情。

综上，在分析具体问题时不止于第四层，并使目光不断往返于基础理论、应用理论以及司法实践，这或许是我国民事诉讼法学研究尚未彻底贯彻的研究方法。这也表明，在我国继续探讨民事诉讼基础理论分析框架及其具体运用依旧具有较强的现实意义。在民事诉讼立法、司法和理论研究过程中应不忘初心，这在尚未彻底完成民事诉讼体制或模式转型的我国尤为重要。<sup>③⑥</sup> 由于我国民事诉讼正处于体制转型中，因此，当司法实践与诉讼理论特别是基础理论不符时，更应强调用理论指导实践；当下位理论与上位理论不符时，更应强调下位理论对上位理论的贯彻与服从。实践对理论的检验作用应当在模式论的指引下作具体分析，而不能陷入机械论。为了使讨论更为集中和深入，本文将从第二部分开始，借助民事诉讼基础理论分析框架，反思民事连带责任的具体共同诉讼类型，并尝试提出可行的解决方案。

## 二、民事连带责任型共同诉讼的基础理论检视

虽然民事连带责任型共同诉讼制度是我国民事诉讼理论研究中相对薄弱的环节，但依旧呈现出较为显著的三个研究阶段和三种主要观点。

### （一）第一阶段：固有必要共同诉讼和诉讼标的扩大化

第一阶段始于上世纪九十年代初，其集中体现为固有必要共同诉讼论。<sup>③⑦</sup> 与现行《民事诉讼法》第52条第1款保持一致的1991年《民事诉讼法》第53条第1款，并不是使连带责任诉讼被归入必要共同诉讼的直接原因。1992年颁布实施的《民诉意见》第43条等条的规定通过列举的方式将其纳入到必要共同诉讼的范畴。由于诉讼标的概念并没有得到立法者的进一步解释，加之诉讼标的在这一时期也并未得到理论上的充分讨论和发展，因此，直接以《民诉意见》第43条等条规定的具体情形反推“诉讼标的共同”或为无奈之举。这样做的同时，也就有意或无意放弃了将司法解释和实践归入第四层并进一步提升到第三层的尝试和努力。

诉讼标的在我国一般被界定为当事人之间争议的民事法律关系。这种理解虽然在共有关系中不会遇到太大困难，但在连带责任中存在相当大的障碍。为了能够尽最大可能以诉讼标的的论证司法解释规定，“诉讼标的共同”逐渐囊括了一切法律上和事实上的牵连性。由于连带责任中任何一个债务人清偿全部债务也将相应免除其他连带责任人的清偿责任，因此，这被理解为存在法律上的牵连性。而在无意思联络的多数人侵权案件中，因为行为之间的联系共同造成了总体上的损害结果，则被认为存在事实上的牵连性，必须要综合判断每个人的行为才可能查清责任份额。<sup>③⑧</sup> 在这种扩大解释的影响之下，司法实践逐渐将《民诉意见》中并

<sup>③⑥</sup> 虽然我国民事诉讼体制或模式转型业已取得了令人瞩目的成就，但依旧处于职权干预型诉讼模式之中。体制或模式转型的基本目标并未最终实现。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。

<sup>③⑦</sup> 固有必要共同诉讼是第二阶段提出的学术概念，特此说明。

<sup>③⑧</sup> 参见注⑤，段厚省文，第267-268页。

未列举的其他连带责任诉讼也纳入到了必要共同诉讼的范畴。

如果能够重回第一阶段的讨论,摆在研究者面前的是否只有扩大诉讼标的的内涵和外延这一条路可走呢?答案或许并非如此。根据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第104条第1款,最高人民法院所作的司法解释应当针对具体的法律条文,而且要符合立法的目的、原则和原意。如果认为法律规定需要进一步明确具体含义或者法律制定后出现了新情况,需要明确适用法律依据,应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。<sup>39</sup>对《民诉意见》第43条等条的理解理应遵照1991年《民事诉讼法》第53条第1款的法律条文原意(第四层),还要符合目的(第一层)和原则(第二层)。如果要坚持“诉讼标的共同”这一法定标准,显然就不能将《民诉意见》第43条等条规定的所有类型均归入必要共同诉讼,但具体分析诉讼标的同一性的必要步骤在本阶段的讨论中缺位了。如若认为连带责任的民事法律关系为复数,进而得出其诉讼标的并不唯一,那么《民诉意见》第55条或可被限缩解释为,当权利人向法院分别起诉被代理人 and 代理人时,人民法院应按照普通共同诉讼加以合并审理。当然,这会被质疑与第55条的文义解释存在出入,但这里面临的两难选择是,当1991年《民事诉讼法》第53条和《民诉意见》第55条可能存在矛盾时,应当遵从前者还是后者?较为遗憾的是,鉴于司法解释的明确和具体,考虑到司法实践的一般做法,“诉讼标的共同”这一法定标准并未得到坚持。

## (二) 第二阶段:类似必要共同诉讼和既判力的实在化

在第一阶段,司法裁判逐渐形成了宽泛理解诉讼标的的一般做法,《民诉意见》架空了《民事诉讼法》中“诉讼标的共同”的法定标准,不断将新的案件类型塞入必要共同诉讼。这种状况自2000年前后的第二阶段开始发生改变。第二阶段的关键词是类似必要共同诉讼,<sup>40</sup>所运用的主要是比较法。<sup>41</sup>随着一批民事诉讼前辈学者由日本回到国内,逐渐开启了用日本基础理论审视并检验中国民事诉讼立法、司法和理论的研究新范式。由于我国关于共同诉讼的法律规定与日本法存在相似性,<sup>42</sup>并且在产生的历史上存在着较为明显的传承关系,<sup>43</sup>因此,比较法上的反思和建议具有相当重要的理论价值和实践意义,并逐渐得到了我国理论界和实务界的接受。

在第二阶段,民事诉讼理论提出了类似必要共同诉讼这一我国立法中并未明确规定的新类型,并且在实际效果上保障了当事人的诉权,便于当事人运用民事诉讼,从而缓解了我国

<sup>39</sup> 虽然《民诉意见》颁布实施时《立法法》尚未出台,但《立法法》第104条第1款的具体要求也正是1982年《中华人民共和国宪法》第58条和第127条在逻辑上的必然结果。

<sup>40</sup> 参见注⑤,张卫平书,第150页。也有文献称其为准必要共同诉讼,参见胡震远《我国准必要共同诉讼制度的建构》,《法学》2009年第1期,第130页以下。

<sup>41</sup> 参见韩象乾、葛玲《关于完善我国共同诉讼制度的一个理论前提——兼谈民事审判方式改革》,《政法论坛》2001年第1期,第25页以下;廖永安、彭熙海《论必要共同诉讼》,《湖南财经高等专科学校学报》2001年第3期,第17页以下;叶永禄、张玉标《论我国必要共同诉讼制度之重构:以票据诉讼为视角》,《法律适用》2007年第6期,第88页以下。

<sup>42</sup> 与我国《民事诉讼法》第52条第1款对应的《日本民事诉讼法》第38条规定“作为诉讼标的的权利或者义务由数人共同享有或承担,或者于数人间,作为诉讼标的的权利或义务基于同一事实上或法律上的原因发生时,该数人可作为共同诉讼人起诉或被诉。作为诉讼标的的权利或义务为同种类,且基于事实及法律上的同种原因时,亦同。”参见《日本民事诉讼法典》,曹云吉译,厦门大学出版社2017年版,第19页。

<sup>43</sup> 参见注⑤,段文波文,第157页。

共同诉讼制度的僵化。由于我国《民事诉讼法》和《民诉意见》并未明确承认类似必要共同诉讼，因此，类似必要共同诉讼亟需在我国找到规范注脚。我国现行《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第22条就是一例。<sup>④</sup>如果股东要提起撤销之诉，难道要求上市公司的所有股东一起诉讼，否则法院必须依职权予以追加？这种做法显然不合常理。如果认为每位股东都独立享有撤销权，那么是否可以允许每个股东都单独向法院提起撤销之诉？从诉讼经济和纠纷一次性解决的角度看，这显然也不可能被法院认同。故而，在必须一同起诉和可以独立诉讼之间产生了对折中方案的需求，类似必要共同诉讼为其提供了稳妥的解决方案：如果多个股东一起诉讼，则按照必要共同诉讼处理；如果一个或者部分股东起诉，也并不存在遗漏诉讼当事人的风险，因为类似必要共同诉讼并不要求所有股东一同起诉，尽管如此，法院作出的判决对其他没有参与诉讼的股东同样有拘束力。就这样，类似必要共同诉讼在以股东撤销之诉为代表的法律表述中逐渐找到了规范根据并获得了实务部门的认可。

相比第一阶段，本阶段的讨论产生了方法上和理论上的实质性跃升。在方法上，类似必要共同诉讼论不再止于司法实践，也不再满足于第四层，而是用处于第三层的诉讼标的和既判力理论在我国的立法和司法实践中寻找突破口，其初衷是贯彻处分原则，保障当事人的诉权，并寻求与债权人选择权的衔接之道。因此，这已经是典型的规范研究或法教义学进路。而过去停留在教科书中的诉讼标的和既判力理论，也在对类似必要共同诉讼的讨论中被具体化和实在化，也即必须要回答股东撤销之诉的诉讼标的是什么，在部分股东获得生效判决后，其既判力又缘何出现了扩张。不过，将连带责任共同诉讼也纳入类似必要共同诉讼的做法同样引人深思。虽然第二阶段强调诉讼标的和既判力，但对于诉讼标的的识别标准究竟为何以及在每个案件类型中如何操作，似乎还没有形成广泛的共识。这并非是第二阶段才出现的问题，而是第一阶段的自然延伸。第二阶段的讨论并不否定诉讼标的和争议民事法律关系之间的对应性。不过，这一识别标准在《民诉意见》出台后已经产生了并不细微的扩张，也因此变得更为模糊。连带责任有可能因为法律上或事实上的牵连性而被宽泛理解为是同一民事法律关系，并导出同一诉讼标的。类似必要共同诉讼论主要着眼于缓和固有必要共同诉讼的僵化，而对“诉讼标的共同”并未进行足够的澄清。

### （三）第三阶段：类似必要共同诉讼的扩大化

虽然第二阶段以类似必要共同诉讼作为关键词，但不能忽视其他观点的提出，特别是普通共同诉讼说<sup>⑤</sup>只是这些观点的声音还较为微弱。承接第二阶段的讨论，第三阶段讨论的主基调依旧是类似必要共同诉讼。以现行《民事诉讼法》第52条第1款为根据，第三阶段还呈现出继续坚持统一标准的体系化解决方案和相对化处理方法之间的分歧。

在我国较早提出诉讼标的相对论的是王亚新教授，开端是其发表于2014年的论文《诉

<sup>④</sup> 2005年之前被规定在《中华人民共和国公司法》第111条。

<sup>⑤</sup> 参见卢正敏、齐树洁《连带债务共同诉讼关系之探讨》，《现代法学》2008年第1期，第80页。

讼程序中的实体形成》。<sup>④⑥</sup> 王亚新教授在该文中将诉讼标的理解为包含请求权、法定事由、请求类型和法律关系甚至生活事实、纠纷事实的塔形结构。这也为其独特的共同诉讼理论做好了铺垫。随后，王亚新教授在《“主体/客体”相互视角下的共同诉讼》一文中，以具有相对性和流动性的诉讼标的概念解读了《民事诉讼法》第52条第1款规定的“诉讼标的共同”。考虑到现实生活中纠纷牵涉复数主体时纷繁多样的具体形态，王亚新教授认为，在“绝对不可分”和“完全可分”的两极之间存在着若干呈现出“过渡环节”或“中间样态”性质的共同诉讼案件或纠纷类型，司法实务的处理也是介于“分”与“合”之间。<sup>④⑦</sup> 不过，我国所谓的“类似必要共同诉讼”的范围较德国和日本要广阔得多，例如出借人、保证人和被保证人构成的三方法律关系就属于我国语境下的“类似必要共同诉讼”。而对主合同和从合同分别是不同法律关系的质疑，王亚新教授认为，无论学理上怎样理解，我国民事司法实务对某些共同诉讼形态的处理既不同于“绝对不可分”的必要共同诉讼，又不同于普通共同诉讼，这已经是一种既成的现实。<sup>④⑧</sup> 正如王亚新教授在论文摘要中所言，该文是以共同诉讼为主题的“叙事”方法论的尝试。<sup>④⑨</sup>

与王亚新教授的观点一脉相承，罗恬漩博士首先以案件事实作为诉讼标的的识别标准，从而将不真正连带责任中两个不同性质的法律关系纳入到《民事诉讼法》第52条第1款“诉讼标的共同”的范畴之内，随后通过类似必要共同诉讼缓解必须一同诉讼的僵化，从而与《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》（以下简称《人身损害赔偿解释》）第11条第1款保持一致。其实，作者也意识到了可能出现的矛盾，即如果原告选择起诉不真正连带债务人中的一人，之后是否可以另诉？如果严格按照宽泛的案件事实同一标准，虽然前后诉的当事人不同但依旧构成同一诉讼标的，在人民法院已经针对该诉讼标的作出生效判决后，自然不能再允许当事人就同一诉讼标的另行诉讼，否则将违反“一事不再理”原则。然而，如果原告获得胜诉判决后无法得到全部清偿，却又因为“一事不再理”原则而不能再起诉有偿债能力的其他债务人，这显然在实体上有失公允。作者不得不采取妥协方案，主张如果原告在第一个诉讼结束后已经得到全部清偿仍起诉则违反“一事不再理”原则，否则应允许原告再次起诉。不同处理的理由主要是将胜诉后无法得到全部清偿视为既判力标准时之后出现的新事实。借助民事诉讼基础理论分析框架加以检视可以发现，将不真正连带责任作为类似必要共同诉讼并不符合我国诉讼标的的识别标准，这同样得到了作者的认同。为了解决这一问题，作者突破了一体化的诉讼标的论，针对不真正连带责任选取案件事实作为诉讼标的的识别标准，进而在形式上实现了第三层和第四层之间的契合。然而，由于基础理论之间环环相扣，诉讼标的的识别标准的改变相应会引发其他基础理论的联动。为了避免

<sup>④⑥</sup> 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。陈杭平教授认为，体系性研究范式未能达到学理上的预设目标，也难以回应实务上多义甚至“无序”的概念使用。因此，有必要向“相对化”或“指示性”的新研究范式转换。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。由于上述文章并不直接针对共同诉讼问题，因此，本文不再作专门性的分析与反思。

<sup>④⑦</sup> 参见注⑤，王亚新文，第66-67页。

<sup>④⑧</sup> 参见注⑤，王亚新文，第67页。

<sup>④⑨</sup> 参见注⑤，王亚新文，第59页。

受偿不能的风险，作者又不得不实质改变既判力相对性，将债务人无力偿债以及债权人未获全部清偿作为既判力标准时之后的新事实。一般而言，生效判决之后的新事实是能够导致当事人之间民事权利义务关系发生变化的要件事实，而并非生活意义上的新事实。<sup>⑤①</sup> 如果将还债不能或不充分理解为新事实，那么，原告是否可以因此再起诉前诉被告？此时显然构成“一事不再理”，但以宽泛理解的新事实观之却又构成了不同的诉讼标的。其实，作者之所以将偿债不能或不完全作为新事实，是考虑到类似必要共同诉讼可能损害债权人的民事实体权利，也即处于第一层的诉讼目的落空。不仅如此，由于两个不同性质的民事法律关系被作为同一诉讼标的对待，权利人还失去了另诉权（第一层）。

由此可见，诉讼标的相对论在不真正连带诉讼中的运用，虽然能够在形式上弥合司法实践与法律规定以及法学理论之间的裂痕，但其代价是民事诉讼基础理论框架的排异反应：为了迎合司法解释和实务做法，就需要将不同性质的民事法律关系纳入同一诉讼标的；为了避免受偿不能或不完全的风险，又需要重新界定既判力标准时之后的“新事实”；将受偿不能或不完全作为“新事实”，却又无法将其推而广之，因此不得不再对“新事实”的范围作相对化处理。仅以第三层理论之间的协调统一观之，诉讼标的相对论面临着较统一论而言更为艰巨的挑战。在第二层，处分原则虽然并未具体选择某一种识别标准，而是就审理对象的确定在法院与当事人之间进行分工，但相对化的诉讼标的是否能反映当事人的真实意愿，当事人是否能预见到诉讼标的为何，还是在同一诉讼标的的概念下由法官实质确定审理的内容，这无疑要打上一个问号。而以纠纷一次性解决为初衷，尽量扩大诉讼标的范围的做法还在结果上剥夺了当事人的诉权。除了民事诉讼基础理论上的隐性成本，诉讼标的相对论还面临着可操作性上的困境：当事人和法官需要考虑的标准和变量越多，民事诉讼运行的成本就越高，当事人和法官出错的几率也就越大。诉讼标的相对论还为法官恣意裁判提供了空间。例如，将不真正连带责任型共同诉讼的标的确定为案件生活事实的正当性的根据何在？当事人是否能在起诉之前或在诉讼中切实了解自己提出的诉讼标的是什么？法官是否必须将诉讼标的限定为案件生活事实，抑或是拥有具体问题具体分析的量裁权？由此可见，相对论虽然是对司法实践的总结，但却难以指引民事司法实践，特别是司法实践中出现的新问题和新类型。

尽管如此，但应当肯定的是，相对论深入挖掘了司法实践，并对其进行了初步的加工和分类，这为由司法实践到第四层并进一步实现与基础理论层的衔接提供了坚实的基础。由于相对论在我国提出不久，其是否全面反映了司法实践的状况，是否能够被实务界和理论界所广泛接受，也同样需要有更长的沉淀期和检验期。因此，笔者暂不对其进行基础理论分析框架内的逐项检讨。不过，亟待反思的问题依旧是现行《民事诉讼法》第52条第1款“诉讼标的的共同”的限定作用。与第一阶段类似，相对论其实是在第四层理解诉讼标的的概念的新一轮努力。在司法实践无论如何都无法被塞入“诉讼标的的共同”的背景下，尝试对不同类型分而治之，从而最大限度维系司法实践与“诉讼标的的共同”之间的协调。当然，在这一过程中，不同作者迈出的距离也不尽相同。例如，卢佩博士主张“以案件事实作为诉讼标的的识别标准”

<sup>⑤①</sup> 参见曹云吉《论裁判生效后之新事实》，《甘肃政法学院学报》2016年第3期，第105-116页；注⑩，[德]罗森贝格、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德书，第1170-1171页。

的做法,是以德国少数说核心点理论或案件事实一分肢理论为内核重塑我国的诉讼标的概念。<sup>⑤①</sup>再如,罗恬漩博士根据事实牵连程度和因果关系是否唯一等因素来判定是否适用必要共同诉讼,实质上也是一种在传统诉讼标的识别标准之外加入新的元素,以迁就实务做法的折中方案。<sup>⑤②</sup>为何在面对实务做法时,《民法法》第52条第1款相当明确的判断标准变得弹性十足?为何仅仅是为了给司法实践中的部分做法让路,<sup>⑤③</sup>诉讼标的论就必须放弃其统一性?其实,这正是现阶段我国理论与实践相互关系的反映,也凸显出贯彻民事诉讼基础理论分析框架的迫切性和必要性。

相对化倾向还折射出位于第三层并嵌入第四层的诉讼标的理论在我国尚缺乏应有的确定性和稳定性,其解释力还不足以让人信服。这一问题是贯穿三个阶段的顽疾,也因此在我国催生出诉讼标的新范式。<sup>⑤④</sup>当然,对于连带责任共同诉讼引发的诸多问题并不能全归责于诉讼标的理论。同样,这些问题也并非在提出统一、明确和可操作的诉讼标的识别标准后就能被彻底解决。但无论如何,紧扣“诉讼标的共同”这一法定标准也就抓住了民事连带责任型共同诉讼的“牛鼻子”,并能为诉讼标的的统一论打下基础,因此,这构成了本文第三部分的主要内容。

### 三、连带责任型普通共同诉讼的基础理论证成

民事诉讼基础理论分析框架在我国能否被适用,取决于其是否能够针对具体问题提出可操作和可接受的解决方案。为此,有必要以民事诉讼基础理论的第一层和第二层为导向,以第三层的诉讼标的和既判力理论为中心,重新界定民事连带责任型共同诉讼类型。

#### (一) 从第四层到第三层: 诉讼标的与既判力理论

《民法法》第52条第1款以“诉讼标的共同”作为我国必要共同诉讼的法定识别标准,因此,对连带责任型共同诉讼的定性起到决定作用的是诉讼标的的数量。如若诉讼标的的唯一,则必然被归入必要共同诉讼;如若诉讼标的为复数,则只能将其界定为普通共同诉讼。可见,由第四层到第三层的核心作业,是以我国诉讼标的的识别标准来研判连带责任型共同诉讼的标的数量。

<sup>⑤①</sup> 参见注⑤,卢佩文,第1244页以下。

<sup>⑤②</sup> 参见罗恬漩《数人侵权的共同诉讼问题研究》,《中外法学》2017年第5期,第1261页。

<sup>⑤③</sup> 王亚新教授坦言,对于多种多样的此类存在侵权行为竞合的案件,我国司法实践中相关的处理方法也显得比较游移,从法院依职权追加所有行为人,到允许只对其中部分人员起诉的做法都可能存在。总的来看,无论是实务还是理论,我国民事诉讼对类似情形的案件,在究竟是“分”还是“合”的处理方面仍未形成体系性规则,也缺乏内在逻辑一以贯之的统一做法。对于类似必要共同诉讼和普通共同诉讼在侵权法领域的细致划分,我国的民事诉讼尚缺乏理论方面的关心,实务上相关资料的积累也不多。参见注⑤,王亚新文,第68页。

<sup>⑤④</sup> 陈杭平教授也认为,相对论提出的契机和正当性基础是“一体化”或“体系性”研究范式未达到学理上的预设目标,更难以回应实务上多义甚至“无序”的概念使用。参见注⑥,陈杭平文,第170页。

虽然诉讼标的学说林立，但我国立法、司法和理论都承认旧实体法说为通说。<sup>⑤⑤</sup>以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款为例，如果当事人主张侵权法律关系，但人民法院根据案件事实认定其为合同法律关系，此时还并不能直接判决原告胜诉，而是必须释明当事人可以变更诉讼请求。民事法律关系并不是裁判的理由，而正是裁判的对象本身。在我国，民事诉讼标的与民事法律关系存在着——对应关系。不过，民事法律关系的概念范围可能呈现出三个不同的层次：第一，大民事法律关系，如借款合同和保证合同基于其法律上的牵连性可能会被理解为同一民事法律关系。第二，中民事法律关系，即便存在法律上的牵连性，但依旧将借款合同和保证合同识别为主合同和从合同两个民事法律关系。第三，小民事法律关系，即请求权。例如，买卖合同就包含“价款给付请求权—价款给付义务”与“货物给付请求权—货物给付义务”这两个民事法律关系。作为我国民事诉讼标的的识别标准的“民事法律关系”究竟意指上述哪一层次？其实，不要说大民事法律关系，即便是中民事法律关系，也无法在我国的民事司法实践中贯彻下去。例如，买卖合同中的买受人向出卖人请求给付货物，法院判决买受人胜诉。如果认为此案的诉讼标的是买卖合同法律关系，那也就意味着出卖人不得另诉要求买受人给付货款。为了避免这种情况发生，法官就必须在诉讼中分别就给付和对待给付作出生效判决。当然，这种理解无法得到司法实践的认同。<sup>⑤⑥</sup>根据《民诉法解释》第247条，虽然给付和对待给付被包含在同一民事法律关系也即同一诉讼标的中，但因为它们的请求内容不同，因此，并不能满足“一事不再理”的全部构成要件，法院依旧应当依法受理并审理。然而，这种做法其实是用诉讼请求替换了处于第三层的诉讼标的概念，这也是《民诉法解释》第247条分别用当事人、诉讼标的和诉讼请求来界定重复诉讼所带来的理论风险，即第2项的诉讼标的与基础理论第三层中的诉讼标的是否同义及它们之间的关系如何。<sup>⑤⑦</sup>诉讼标的概念本身就已经包含了某人向法院依据什么要求判决他人作为或不作为一定行为，《民诉法解释》第247条有画蛇添足之嫌。综上，作为给付诉讼标的的识别标准的民事法律关系只能在第三层意义上加以理解，即在给付之诉中等同于请求权主张，第二层意义上的民事法律关系只可能成为确认之诉和形成之诉的诉讼标的。<sup>⑤⑧</sup>

由于诉讼标的的识别标准因诉讼类型的不同而有所差异，因此，首先需要限定连带责任共

<sup>⑤⑤</sup> 参见王娣、钦骏《民事诉讼标的理论的再构筑》，《政法论坛》2005年第2期，第183页。严仁群教授指出，学界的一般认识并不准确，实际上实务中有多种界定诉讼标的的路径，但也同时承认是以旧实体法说为原则。参见严仁群《诉讼标的之本土路径》，《法学研究》2013年第3期，第92页。最高人民法院也认为，我国司法实践的做法更贴近旧实体法说。参见注⑥，第635页。

<sup>⑤⑥</sup> 参见最高人民法院（2013）民申字第178号裁定书。本案中，原审原告公司的副董事长提交虚假材料变更公司法定代表人登记后，代表原告将公司房产卖给了原审被告。原审原告向法院起诉，要求解除合同并返还房产。最高人民法院认为“一、二审法院在认定合同不成立或合同无效的情况下，本应对合同不成立或无效的后果，即双方返还财产、赔偿损失问题一并审理，并在判令原审被告返还原原告房产的情况下，对原告是否应当返还被告的购房款作出认定。一、二审法院对此未予审理有不当之处。但鉴于一、二审法院均在裁判文书中释明被告公司可另循法律途径解决，且被告公司确享有这一诉权，在程序上仍有得到救济的途径和可能，故本院对原审被告的再审申请不予支持。”据此，给付之诉与对待给付之诉虽然存在纠纷一次性解决的可能，但其诉讼标的的并不唯一，而是可能分别构成前后两个独立的诉讼标的的。

<sup>⑤⑦</sup> 卜元石教授也认为，《民诉法解释》颁布实施后，各个审级的法院在判断是否构成重复诉讼时经常意见不统一，其中一个重要原因是，《民诉法解释》第247条中所适用的包括“诉讼请求”及“诉讼标的”在内的几个关键概念的含义还存在争议。参见注③，卜元石文，第92页。

<sup>⑤⑧</sup> 参见注⑤，严仁群文，第91页；注⑥，任重文，第38页以下；注⑩，[德]赫尔维格书，第48页。

同诉讼的类型。民事连带责任存在外部关系和内部关系之分,既有文献和司法实践主要关注的是外部关系,而在外部关系中又以给付之诉为重点。据此,本文并不讨论民事连带责任的内部追偿诉讼以及外部关系中的确认之诉。基于同样的考虑,本文对真正连带责任和不真正连带责任进行了统一把握。由于形成之诉与形成权之间并不存在一一对应,而是呈现出“形成诉权→形成之诉→形成判决→形成力”的递进关系,形成诉权原则上以法律明确规定以向人民法院起诉的方式作为其构成要件<sup>⑤9</sup>因此,连带责任外部关系原则上也并不涉及形成诉讼问题。在进行如上限定后,共同诉讼类型的定性直接取决于民事连带责任外部关系的请求权构造。规定民事连带责任外部关系的《民法总则》第178条第1款指出:“二人以上依法承担连带责任的,权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”仅通过文义解释还无法充分确定其请求权构造,原因在于,该条采取以责任为导向的表述方法。因此,尚需将责任表述转化为权利表达。《民法总则》第176条规定了民事责任与民事义务的关系。民事责任被认为是民事主体违反民事义务应承担的法律后果,是保障民事权利实现的措施,也是对不履行义务行为的一种制裁。<sup>⑥0</sup>“民事权利→民事义务→民事责任”三位一体立法模式被认为是中国特色社会主义法治体系的特色。<sup>⑥1</sup>由于三者之间存在对应关系,因此,其数量关系也一一对应。然而,连带责任一般被认为是多数人承担同一责任,而每个责任人都对权利人负担全部履行义务。<sup>⑥2</sup>连带责任的法律特征表现为责任人各自负担全部履行义务,在外部关系上均以全部给付为内容。<sup>⑥3</sup>而基于权利与义务的对应关系,也应当同时认可权利人对义务人分别享有要求其履行全部义务的请求权。债权人的自由选择权也可以证实这一判断:正因为债权人分别对所有债务人享有全部履行的请求权,其才既可以要求部分连带责任人承担责任,也可以要求全部连带责任人承担责任。由于各债务人的清偿目的具有同一性,因此,多次受偿的风险将通过清偿对其他债务人的效力被克服,即一次全部履行使其他责任人的义务随之消灭,并可能转化为内部求偿关系。<sup>⑥4</sup>

然而,上述定义中的“同一责任”是否可以理解为,虽然连带责任的数量可能被视为总体上唯一,但并不妨碍认定义务人分别负有全部履行的义务,从而呈现出“复数全部请求权→复数全部履行义务→同一连带责任”的递进关系;抑或是认为“同一责任”并不表明责任只有一个,而是说明给付目的具有同一性,从而依旧遵循“复数全部请求权→复数全部履行义务→复数连带责任”的对应关系?两种进路不会对诉讼标的个数产生影响,其识别标准并非责任而是请求权,因此,债权人起诉部分或全部连带责任人时并不构成固有或类似必要

<sup>⑤9</sup> 参见刘哲玮《普通形成权诉讼类型考辨:以合同解除权为例》,《中外法学》2014年第5期,第1327页;注<sup>②4</sup>,任重文,第55页。

<sup>⑥0</sup> 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第546页;王利明主编《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社2017年版,第806页;张新宝《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第384页。

<sup>⑥1</sup> 参见沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第1162页。

<sup>⑥2</sup> 参见注<sup>⑥0</sup>,李适时书,第550-551页;石宏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第415-416页;注<sup>⑥1</sup>,第1171-1173页。

<sup>⑥3</sup> 参见注<sup>⑥0</sup>,王利明书,第813-814页;程啸《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第351-352页。

<sup>⑥4</sup> 参见王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第493页。

共同诉讼，而是在满足《民事诉讼法》第52条第1款后段的条件后形成普通共同诉讼。与固有必要共同诉讼相比，类似必要共同诉讼保证裁判合一确定的方法是既判力扩张。虽然连带责任共同诉讼的标的为复数已经能够排除《民事诉讼法》第52条第1款前段的适用，但依旧有必要以既判力扩张为标准进行再讨论，进而判断连带责任是否可能适用类似必要共同诉讼。

类似必要共同诉讼源于德国，不过，德国理论现在一般称其为基于诉讼法原因而产生的必要共同诉讼。<sup>⑥5</sup> 它的制度机理是，虽然诉讼标的共同，但是为了缓解必要共同诉讼的僵化而赋予个人以独立的诉讼实施权，以此区别于所有人共同享有一个诉讼实施权的固有必要共同诉讼。由于诉讼标的仅有一个，虽然可以允许当事人选择单独诉讼抑或是共同诉讼，但诉讼标的必须在判决中被合一确定，其他并未一同诉讼的当事人自然要服从前诉判决的结果。由于类似必要共同诉讼限制了潜在当事人的诉权（第一层），并且与既判力相对性原则（第三层）相冲突，因此，只有当法律明确规定产生既判力扩张时才构成类似必要共同诉讼，这也是其在德国被称为诉讼法原因的必要共同诉讼的缘由。德国民事诉讼法没有规定连带责任诉讼产生既判力扩张，相反，根据德国《民法典》第425条第2款，连带债务中有既判力的判决只对诉讼当事人发生作用，因此，连带责任共同诉讼在德国被界定为普通共同诉讼。<sup>⑥6</sup> 与德国法相比，我国既判力相对性理论和制度还相对薄弱，不过，《民事诉讼法解释》第247条到第250条业已初步建立起既判力的主观相对性、客观相对性和时间相对性，并且在第249条规定诉讼过程中争议民事权利义务转移时的既判力扩张制度。对上述条文进行体系解释，也已经能够得出我国以既判力相对性为原则，以既判力扩张作为例外，且例外必须经过法律的明确规定。在我国民事诉讼法律规范中几乎找不到关于连带责任既判力扩张的例外规定，可能进入视野的是《人身损害赔偿解释》第5条第1款，不过其更应当被解读为对共同诉讼的要求，而不是关于既判力扩张的规定。<sup>⑥7</sup>

综上，在民事诉讼基础理论分析框架内，连带责任型共同诉讼只能被界定为普通共同诉讼，其因诉讼标的为复数而不满足《民事诉讼法》第52条第1款前段“诉讼标的共同”的法定识别标准，也因不存在既判力扩张的明确法律规定而不满足类似必要共同诉讼的核心要求。

## （二）第一层和第二层的再检视

以处于第三层的诉讼标的和既判力理论为中心，本文将连带责任界定为普通共同诉讼。而在论证过程中其实已经包含来自第一层和第二层的指引。虽然不同国家和地区对民事诉讼目的有不同认识，但均认可的内容是保障当事人的民事实体权利。我国《民事诉讼法》第2条规定的民事诉讼法的任务就包括“确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人合法权益”。根据《民法总则》第178条，债权人对连带责任人具有选择权，通过法律解释可以得出，债权人对每个债务人都要求其履行全部债务的独立请求权，因此，固有必要共同诉讼显然没有体现这一连带责任的实体法要求。由于起诉本身甚至生效判决的作出不等于债权人已经获得清偿，那么在权利人获得全部清偿之前，其针对各个债务人的请求权依旧存在。可见，不允许债权人另诉其他债务人的做法也同样缺乏实体法根据。类似必要共同诉讼所要

<sup>⑥5</sup> 参见注⑩，[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德书，第308页。

<sup>⑥6</sup> 参见注④5，第58页；刘明生《民事诉讼之程序法理与确定判决之效力及救济》，新学林出版股份有限公司2016年版，第234-235页；注⑩，[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]哥特瓦尔德书，第308-309页。

<sup>⑥7</sup> 参见注③3，程啸书，第353-354页。

求的既判力扩张会使债权人无法通过另诉的方式再向其他债务人主张请求权，因此，也存在诉讼目的的落空。值得进一步反思的是，我国的民事诉讼目的并不单一，除了民事实体权利保障外，至少还包含纠纷的一次性解决。但是，当纠纷的一次性解决和民事实体权利保障之间发生冲突时，当固有或类似必要共同诉讼与债权人自由选择权不能两全时，应当以谁为重？这依旧是现阶段关于我国民事诉讼目的的讨论尚未充分明确和彻底解决的重大问题。不仅如此，债权人起诉一个或多个债务人是其起诉自由的表现，固有必要共同诉讼通过追加共同诉讼人直接限制原告行使诉讼权利，而类似必要共同诉讼通过既判力扩张，其实是间接强迫权利人将所有可能的债务人一次性拉入民事诉讼。可见，普通共同诉讼还能在结果上降低当事人的起诉门槛，充分保障当事人诉权。此外，对债权人诉权的损害还体现为对处分原则的违反。根据处分原则，原告有选择起诉或不起诉、何时起诉以及以何种方式和内容起诉的处分自由，<sup>⑥⑧</sup> 强制追加和既判力扩张都是对债权人处分原则的不当限制。因此，普通共同诉讼不仅是第三层的检验结果，而且也应当与第一层和第二层保持协调统一。这也与限制固有必要共同诉讼适用，尽量引导普通共同诉讼成立的现代民事诉讼发展潮流保持一致。<sup>⑥⑨</sup> 不仅如此，以民事诉讼基础理论作为分析框架对我国民事诉讼立法、司法和理论进行反思与批判，同样是民事诉讼法学“法理化”的必经之路，否则，停留在注释和实证分析的民事诉讼法学终将枯竭其思想体系而退化为单纯的知识体系。<sup>⑦⑩</sup>

#### 四、余论：民事诉讼基础理论何以可行

本文之所以用近一半的篇幅去论述民事诉讼基础理论的分析框架，不仅因为这一分析框架在我国还远未形成共识，还在于它对民事连带责任共同诉讼类型的界定有深远影响。在第一部分较为详尽的论述之后，第二部分以此为框架，将我国连带责任共同诉讼研究划分为三个阶段，并对每一阶段进行了检视。以固有必要共同诉讼论为代表的第一阶段凸显出止于第四层和司法实践的方法局限，甚至以《民诉意见》中列举的共同诉讼案件盲目扩张“诉讼标的共同”的范畴。第二阶段以体系化的视角反思固有必要共同诉讼在民事连带责任诉讼中的弊病，提出了我国立法中未明确规定的类似必要共同诉讼，这逐渐被实务界所接受并成为《民诉法解释》起草者的立足点。不过，第二阶段同样存在对“诉讼标的共同”这一核心标准的忽视。由于处于第三层的诉讼标的和既判力理论并未因为前两个阶段的讨论而达成明确和统一的认识，这也成为第三阶段扩大化理解类似必要共同诉讼的理论温床。第三阶段的相对化倾向不仅存在止于第四层的局限，而且对统一和体系化的诉讼标的概念多有质疑。从民事诉讼基础理论分析框架出发，上述三个阶段都存在对民事连带责任共同诉讼类型的认识偏差。给付之诉的诉讼标的并非大民事法律关系或中民事法律关系，而是请求权。债权人在连带责任中分别对债务人享有要求其全部清偿的请求权，以我国传统诉讼标的的识别标准观之，连带责任共同诉讼中存在多个诉讼标的，理应被界定为普通共同诉讼。不仅如此，连带责任

<sup>⑥⑧</sup> 参见注⑤，张卫平书，第47页。

<sup>⑥⑨</sup> 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。

<sup>⑦⑩</sup> 参见注⑧，张文显文，第37页。

共同诉讼也并无既判力扩张的正当性根据。将连带责任共同诉讼界定为普通共同诉讼，不仅是第三层的检验结果，而且也遵循了民事诉讼基础理论第一层和第二层的根本要求。

以上只是对民事诉讼基础理论适用于我国的可能性的分析，而普通共同诉讼论要获得我国司法实践的认可还存在不小的障碍，这也凸显出民事诉讼基础理论在我国的可行性问题，也即虽然民事诉讼基础理论的理想很丰满，指示很明确，但因为种种现实原因而无法得到遵从。这些质疑通常集中在纠纷的一次性解决和二次受偿风险。<sup>①</sup>其实，这并非民事诉讼基础理论无法解决的问题。纠纷的一次性解决本就是普通共同诉讼的设计初衷，它并不天然等于诉讼标的同一。通过普通共同诉讼中的主张和证据共通原理，借助法官的自由心证，同样可以避免对同一事实的不同认定。不仅如此，为了查明案件事实，并不必须将所有连带债务人以共同诉讼人的身份拉入诉讼，而是可能根据《民事诉讼法》第73条、《民事诉讼法》第56条第2款第1句，以证人和无独立请求权第三人的身份参加诉讼，以协助法院和当事人查明案件事实并避免错判。普通共同诉讼在我国可能遇到的尴尬是《民事诉讼法》第52条第1款后段所规定的“诉讼标的同一种类”。根据“诉讼标的=请求权主张”的等式，这一表述可以被改写为“请求权主张同一种类”。这一要求在保证合同中不会遇到太大挑战，因为其均为合同之债，但《人身损害赔偿解释》第11条第1款所规定的情形，就会产生合同之债与侵权之债是否为“请求权同一种类”的质疑。不仅如此，给付内容不同是否也能满足“请求权同一种类”的要求？因此，要在连带责任中实现纠纷的一次性解决，当务之急是扩展普通共同诉讼的适用范畴，通过司法解释和指导性案例将合同之债与侵权之债以及给付内容不同的情形也纳入普通共同诉讼，而不是无限扩张《民事诉讼法》第52条第1款前段“诉讼标的共同”的内涵与外延。对此，一种较为可行的方案是，将法律牵连性和事实牵连性标准从《民事诉讼法》第52条第1款的前段移至后段，变为对普通共同诉讼的限定。对于二次受偿风险，需要首先明确的是，两份要求不同债务人分别履行全部债务的给付判决本身并非二次受偿，此时给付尚未发生，实体上的两个请求权依旧同时存在。为了降低二次受偿风险，或可在裁判文书中进行法律释明，即提示执行机关存在另一执行根据，并注意在执行过程中进行必要的协调。这也是我国司法实践已经采用的做法。在最高人民法院（2015）民申字第2581号裁定书中，二审法院在审理案件时注意到了本案的法律关系和原告与案外人之间的另一法律关系存在关联性，并在二审判决中进行了释明，指出在相关案件执行中应进行必要的协调，在款项上予以扣减，避免出现原告双重受偿的情况。在此基础上，最高人民法院认为“再审申请人（原审被告）认为本案二审判决会致使原审原告双重受偿，该申请理由不能成立。”如果法院未能在裁判文书中释明另一执行根据，则有必要赋予债务人提出异议之诉的权利，即执行根据中确定的请求权已经因为他人的给付而部分或全部归于消灭。不过，我国《民诉

<sup>①</sup> 出于集中讨论的需要，同时限于篇幅，本文无法一一回应所有可能的质疑，对此不得不另文详述。但必须重视的是，由于在对具体问题分析时不恪守民事诉讼基础理论分析框架，我国民事诉讼理论体系已经呈现出若干负面的连锁反应，如案件事实预决效力。这同样是我国民事诉讼立法、司法和理论研究所不能无视的隐性成本。因贯彻民事诉讼基础理论而带来的诉讼成本与效率问题，是实现当事人主义诉讼模式转型所必须付出的代价。牺牲诉讼公正换取诉讼效率无异于饮鸩止渴。正如罗尔斯所言，某种法律和制度，不管它们如何有效率和有道理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除。参见【美】罗尔斯《正义论》（修订版），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第3页。

法》第 225 条和第 227 条只能导出债权人异议之诉和案外人异议之诉，尚无法支持债务人异议之诉。<sup>⑦</sup> 为避免二次受偿，我国今后应完善债务人异议之诉制度。除此之外，可以预见到的质疑还包括民事诉讼基础理论分析框架过于复杂，法官难以在个案中进行四个层次的体系化工作，这是相当现实的问题。即便在德国，也不能苛求法官在每个案件中都要从第四层的共同诉讼理论一直检索到第一层的诉讼目的理论。事实上，其论证经常止于第三层。与德国相比，我国目前尚未完全建立起能够充分体现和贯彻第一层与第二层的中间层理论（第三层），这也对法官认可和适用民事诉讼基础理论产生了消极影响。因此，研究者的当务之急是，在第一层和第二层的指引下逐步建立统一、具体和具有可操作性的中间层理论，而以我国司法实践为导向的相对论业已为此提供了较为丰富的实践素材。

---

**Abstract:** The basic theory is at the top level in the theoretical stratification of civil litigation , with three levels. Guided by the purpose and right of action at the first level , the principle of debate and the principle of disposition at the second level , and centered on the object of action and res judicata at the third level , it is of great theoretical and practical significance to re-examine the types of joint action of civil joint and several liability ( the fourth level) . The object of joint action of civil joint and several liability is not the same , and there is no expansion of res judicata , so it is not the inherent or similar necessary joint action. Only by adhering to the ordinary co-litigation orientation of joint and several liability , limiting the necessary joint action to the same object of action and the expansion of res judicata , and expanding the category of “the same type of object of action” , can the litigation aim be implemented , the litigant’s right of action be guaranteed , the principles of debate and disposition be implemented , and civil rights of the parties be truly realized. It is also the only way for the “jurisprudence” of civil procedure law to reflect and criticize the legislation , judicature and theory of civil procedure in our country with the basic theory as the analytical framework. Otherwise , the ideological system of civil procedural law , which stays on the annotation and empirical analysis , will eventually be exhausted and degenerated into a simple knowledge system.

**Key Words:** Theoretical Stratification; Normative Research; Legal Dogmatics ( Rechtsdogmatik) ; Joint and Several Liability; Object of Action; Ordinary Co-litigation

---

[责任编辑: 孟 融]

---

<sup>⑦</sup> 参见张卫平主编 《最高人民法院民事诉讼法司法解释要点解读》，中国法制出版社 2015 年版，第 283-285 页。