

# 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

[日]三木浩一\*

张慧敏 臧晶\*\* 译

---

## 目次

### 一、前言

### 二、共同诉讼的意义

### 三、共同诉讼的种类

#### (一) 日本共同诉讼的种类

#### (二) 中国共同诉讼的种类

### 四、普通共同诉讼

#### (一) 日本普通共同诉讼的要件

#### (二) 中国普通共同诉讼的要件

#### (三) 日中普通共同诉讼要件的比较

#### (四) 日本普通共同诉讼的审理程序

#### (五) 中国普通共同诉讼的审理程序

#### (六) 同时审判申请共同诉讼

### 五、必要共同诉讼

#### (一) 日本固有必要共同诉讼的要件

#### (二) 中国必要共同诉讼的要件

#### (三) 日中必要共同诉讼要件的比较

#### (四) 类似必要共同诉讼

#### (五) 日本必要共同诉讼的审理程序

#### (六) 中国必要共同诉讼的审理程序

### 六、多数共同利益人案件的对应

---

\* 日本庆应义塾大学教授。

\*\* 均为日本庆应义塾大学民事法博士研究生。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线】

## 一、前言

在现代社会中,一方当事人或者双方当事人为多数的诉讼案件不断增多,规范其成立要件及其法律效果的共同诉讼程序规则的重要性也逐步提高。笔者自2007年11月起在中日两国政府协议合作的《中国民事诉讼法及仲裁法修改项目》中担任日方委员,共同诉讼的有关规则也是该项目的重点探讨课题之一。据清华大学张卫平教授所言,现行中国民事诉讼法中关于共同诉讼的规定较少,民事诉讼法理论中有关共同诉讼的研究相对其他领域也较为薄弱。<sup>〔1〕</sup>而且,中国的共同诉讼理论此前曾受前苏联理论较大影响,而目前则更接近于德国、日本的民事诉讼理论。基于此,笔者将以共同诉讼为题与各位稍做探讨。

## 二、共同诉讼的意义

共同诉讼这一法律制度是近代的产物。中世纪之前,大陆法及英美法世界都以多数当事人参与会使诉讼程序复杂为由,原则上对共同诉讼予以否定。这一原则在中世纪的欧洲尤为明显。那时,基于程序法规则的形式化特点,只承认单一原告、单一被告、单一诉讼标的构成的诉讼形态,其他的诉讼形态原则上都不予认可。<sup>〔2〕</sup>但是进入近代社会后,随着共同诉讼可以做到同时且统一地解决相关联纠纷这一优点被逐步认识,共同诉讼制度也逐渐得到广泛肯定。日本民事诉讼法制定于对共同诉讼呈宽容态度的19世纪,受当时理论潮流的影响,共同诉讼作为法制度在日本得到了广泛认可。

时至今日,随着社会生活及经济活动变得愈加复杂,多样化的利害关系被带入了共同诉讼。基于19世纪近代思想制定的共同诉讼制度不得不面临以下变革。第一,强化普通共同诉讼的功能;第二,缓解固有必要共同诉讼僵硬化缺点;第三,强化对侵害消费者权益等小金额多人受害案件的现代型纷争的对策。笔者在下文将对照中国的共同诉讼制度对日本共同诉讼的法制度构成以及主要的判例学说进行概括介绍。彼时,也会简单触及这些问题。

## 三、共同诉讼的种类

### (一) 日本共同诉讼的种类

日本的共同诉讼首先分为普通共同诉讼和必要共同诉讼。其中,必要共同诉讼又分为固有必

〔1〕 参见张卫平教授(清华大学法学院教授)在2009年9月21~22日于中国清华大学举办的“中日民事诉讼法制度及理论比较”的国际研讨会中所做报告原稿及口头报告(以下简称“张教授报告”)。

〔2〕 德国普通法采用书面主义及法定证据主义等形式程序规则,原则上禁止共同诉讼。但在日耳曼古法中,如果共同体拥有共有权利提起诉讼时,共同诉讼作为例外得到认可。此一规定与后来的固有必要共同诉讼制度相关,其影响甚至延展到类似必要共同诉讼及普通共同诉讼。中村英郎『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』(1977年・成文堂)161頁、岡徹『ドイツ普通法時代における共同訴訟理論の展開』民商69卷6号945頁・70卷1号75頁等。

要共同诉讼和类似必要共同诉讼。普通共同诉讼和必要共同诉讼的区分由法律明文规定(日本民事诉讼法第 39-40 条)。而固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼的区分则源自于德国法,在日本民事诉讼法中只是学理上的概念,法律对此并无明文规定。

普通共同诉讼是指各个当事人可以各自提起单一诉讼行使诉权,但为了方便当事人,也允许其提起共同诉讼以行使诉权的共同诉讼模式。因此,这类案件虽然是共同诉讼,但与单一诉讼相同,原则上必须对当事人(各共同诉讼人)独立处理(日本民事诉讼法第 39 条)。该原则被称为“共同诉讼人独立原则”。日本民事诉讼法第 38 条明确规定了普通共同诉讼的成立要件。日本诉讼实务中的共同诉讼案件基本上都是普通共同诉讼。下文将会提及的 1996 年日本民事诉讼法修改时补充规定的“申请同时审理的共同诉讼”(日本民事诉讼法第 41 条)也是普通共同诉讼的一种,只是在这种共同诉讼中法院关于辩论分离以及判决分离的诉讼指挥权将受到限制。从此意义上讲,“申请同时审理的共同诉讼”可以说是遵循特殊规则的普通共同诉讼。

必要共同诉讼是指由于全体共同诉讼人具有“合一确定的必要”而否定共同诉讼人独立原则的共同诉讼。所谓“合一确定的必要”,是指必须实现各个共同诉讼人之间的判决统一无矛盾。为了实现这一要求,法律强制规定在必要共同诉讼中必须统一诉讼资料及程序进展(日本民事诉讼法第 40 条)。即,在确认具有“合一确定的必要”后,民事诉讼法第 39 条的共同诉讼人独立原则的适用将被排除,转而适用民事诉讼法第 40 条规定的必要共同诉讼规则,当事人各自进行诉讼的自由也因此受到限制。

而普通共同诉讼由于适用共同诉讼人独立原则,当事人各自进行诉讼的自由并无法律上的限制。但是,这也并不会导致当事人之间频繁出现相互矛盾的判决。因为在普通共同诉讼中,虽然当事人有各自进行诉讼的自由,但由于诉讼程序被合并为一,法官形成的心证仍是共同的,所以通常情况下不会在当事人之间形成相互矛盾的判决。只不过普通共同诉讼中当事人之间互不矛盾的判决并非基于法律上的强制,而是通过法官在自由心证活动中的合理判断而实现。即,与必要共同诉讼相比,必要共同诉讼中的“合一确定”是法律的强制性要求;而普通共同诉讼的“合一确定”则是基于同一法官在同一诉讼程序中对多数当事人案件进行审理判断时理应做出互不矛盾的判决这一事实要求而产生的,是一种“事实上的合一确定”〔3〕。

如上文所述,必要共同诉讼又分为固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼。固有必要共同诉讼中,一定范围内的全体人员必须共同成为当事人。如果其中部分人提起诉讼,起诉会因当事人不适格而被驳回。这种法律要求一定范围内的人员必须全部成为共同诉讼人的情形被称为“诉讼共同的必要”。与此不同,类似必要共同诉讼并不禁止部分人提起单独诉讼,但是一旦提起共同诉讼,就会产生审理及判决的合一确定必要。

日本民事诉讼法并没有对何种情形下成立固有必要共同诉讼以及何种情形下成立类似必要共同诉讼做出明文规定,只有判例和学说对此问题进行了解释。而无论是判例还是学说都倾向于对固有必要共同诉讼及类似必要共同诉讼的成立做限制性解释。亦即,当前关于共同诉讼成立问题的主流解释为:限制固有必要共同诉讼成立,尽量引导普通共同诉讼成立。这是因为必要共同诉讼限制了当事人的诉讼自由,当事人接受裁判的权利有可能受到不当制约,因此应该尽可能地

〔3〕 普通共同诉讼中的合一确定,是基于对一个事实只能形成一个心证的法官自由心证原理的事实上的合一确定,所以在自由心证因法律受到限制时,也有可能共同诉讼人之间判决相互矛盾的情形。比如,对某一事实,共同诉讼人 Y1 予以否认,而共同诉讼人 Y2 则予以自白。此时,对 Y1 的判决和对 Y2 的判决就可能相互矛盾。其原因在于日本民事诉讼法规定,当事人的自白对法院具有约束力,法院不能做出与当事人自白相反的事实认定。

限制必要共同诉讼的成立。

综上所述,普通共同诉讼是既无诉讼共同的必要,也无合一确定的必要的共同诉讼。申请同时审理的共同诉讼归根结底是普通共同诉讼,所以在无诉讼共同必要亦无合一确定的必要这一点上与普通共同诉讼并无差异,只是法院在辩论分离及判决分离方面的诉讼指挥权将受到限制。固有必要共同诉讼是既有诉讼共同的必要,也有合一确定的必要的共同诉讼。类似必要共同诉讼是无诉讼共同的必要,但有合一确定的必要的共同诉讼。

## (二) 中国共同诉讼的种类

关于共同诉讼的种类,中国也有普通共同诉讼和必要共同诉讼之分。虽然也有一部分学者倡导将必要共同诉讼进一步区分为固有必要共同诉讼和类似必要共同诉讼,但这一观点并未得到普遍认可。<sup>〔4〕</sup>一般认为,中国的必要共同诉讼概念与日本的固有必要共同诉讼概念大致相当,日本的普通共同诉讼和固有必要共同诉讼制度与中国的普通共同诉讼和必要共同诉讼制度基本相似,但两国民事诉讼法在共同诉讼的成立要件及效果的规定方面也有不少差异。

# 四、普通共同诉讼

## (一) 日本普通共同诉讼的要件

根据日本民事诉讼法的规定,符合以下几种情形之一时便可以提起普通共同诉讼:1、诉讼标的的权利或义务在数人之间是共同的(权利共同);2、诉讼标的的权利或义务基于同一事实原因,或者基于同一法律原因产生(原因共同);3、诉讼标的的权利或义务是同一种类,且基于同种事实原因,或者同种法律原因产生(原因同种)(日本民事诉讼法第38条)。这些情形被称作“主观合并要件”<sup>〔5〕</sup>。规定主观合并要件的目的在于限制彼此并无关联的诉讼合并从而保护被告不被强制参与到与其无关的诉讼之中。因此,基于被保护对象可以放弃其被保护之权益的原理,只要被告不存异议,不满足此项主观合并要件的案件也可以作为共同诉讼进行审理。由此可见,主观合并要件的规定并非强制性规定。

关于何种情形具体符合上述1至3的成立要件,判例和学说并无一致结论。但是无论其具体符合上述哪一种主观合并要件,在诉讼法上的效果都并无差异。因此对这一问题的讨论并无多少实际意义。<sup>〔6〕</sup>一般认为,以下几种情形是满足主观合并要件的典型案例:1、多个被害人向同一加害人提起的损害赔偿请求;2、就同一物对多个当事人提出的所有权确认请求;3、对多个连带债务人提起的支付请求;4、对主债务人及保证人提起的支付请求;5、对不动产受让人及再受让人提起的所有权转移登记的注销请求等。

## (二) 中国普通共同诉讼的要件

中国民事诉讼法对普通共同诉讼的要件规定如下:1、当事人一方或者双方为两人以上;2、诉讼标的是同一种类;3、法院认为可以合并审理;4、当事人同意合并审理(中国民事诉讼法第53条第1款)。中国民事诉讼法以“诉讼标的为同一种类”还是“诉讼标的同一”来区别普通共同诉讼和必要共同诉讼。通常认为如果诉讼标的是同一种类则是普通共同诉讼,如果诉讼标的同一则是必

〔4〕 参见前注〔1〕。

〔5〕 参照兼子一『民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店・1965年)387頁。

〔6〕 因为与管辖有关,所以具体符合权利共同、原因共同,还是符合原因同种,结论上会有差异。参见日本民事诉讼法第7条。

要共同诉讼。<sup>〔7〕</sup> 诉讼标的为同一种类是指,各共同诉讼人与对方当事人争议的法律关系性质相同或者请求权性质相同,即各共同诉讼人享有的权利或者负有的义务属于同一种类。在此情形下,诉讼标的仅是同一种类而并非同一,各共同诉讼人之间也并无共同的权利义务,因此用普通共同诉讼规则予以调整并无不妥。<sup>〔8〕</sup>

### (三) 日中普通共同诉讼要件比较

如上所述,关于普通共同诉讼的成立要件,日本民事诉讼法与中国民事诉讼法的规定有很多相同之处,但是在某些方面也有区别。其中较为重要的区别在于,中国是以当事人同意为普通共同诉讼的成立要件之一。而日本民事诉讼法则规定,只要诉讼请求符合权利共同、原因共同、或原因同种的任何一种情形,并且原告提起了共同诉讼,那么裁判所就理所当然地认可共同诉讼的成立,并不需要被告同意。以双方当事人的同意为要件,确实可以充分保障当事人的程序权利,但另一方面也妨碍了共同诉讼的利用,不利于实现纷争的共同解决。

### (四) 日本普通共同诉讼的审理程序

在普通共同诉讼中,因为适用共同诉讼人的独立原则(日本民事诉讼法第 39 条),某一个共同诉讼人的诉讼行为、对方当事人对某一个共同诉讼人进行的诉讼行为、以及某一个共同诉讼人身上所发生的事由等,均不会对其他共同诉讼人造成影响。其原理在于,普通共同诉讼原本仅是为了便利才将多个个别诉讼合并成一个诉讼程序审理,各个共同诉讼人独立处分争讼利益的权利没有理由受到其他共同诉讼人的干涉和影响。因此,各共同诉讼人可以独自实施诉讼行为,独自承受其诉讼行为的后果。

具体而言:1、诉讼请求的放弃、承认、和解、撤诉、上诉、上诉的撤回等有关处分诉讼标的的诉讼行为;2、事实的主张、证据的提起、资料的援用、自白等与诉讼资料有关的诉讼行为。以上两项行为各共同诉讼人可以独立于其他共同诉讼人进行,也不会对其他共同诉讼人产生影响;并且,3、共同诉讼人中的一人发生诉讼中断、中止或是期日不出庭等事由,也不会对其他共同诉讼人产生影响;此外,4、当共同诉讼影响审理的迅速公正进行时,法院可以运用共同诉讼人独立原则解除共同诉讼关系,自由决定辩论分离(日本民事诉讼法第 152 条第 1 项)及部分判决(同法第 243 条第 2 项)。如果严格贯彻共同诉讼人独立的原则,那么有可能在特意合并而成的共同诉讼中发生各共同诉讼人的诉讼材料彼此分离而无法实现判决内容统一的问题。因此,如何在不得侵害各共同诉讼人诉讼自由的前提下强化普通共同诉讼的功能成为当前学术界及实务界亟待探索解决的课题。在有关的探讨中,已经得到一致认可的是“共同诉讼人之间证据共通”理论。共同诉讼人之间证据共通是指,一个共同诉讼人提出的证据即使未被其他共同诉讼人援用,也可以作为认定其他共同诉讼人有关事实的证据。其根据在于自由心证主义下对一个历史事实只能形成一个心证。在肯定共同诉讼人之间证据共通理论的情况下,一个共同诉讼人提出的证据会对其他共同诉讼人产生有利或不利的影 响。因此,就有必要允许受其不利影响的共同诉讼人对其他共同诉讼人的证明活动进行反证。

### (五) 中国普通共同诉讼的审理程序

一般认为,中国与日本一样也承认共同诉讼人独立的原则,普通共同诉讼的当事人享有各自独立进行诉讼的权利。即,一个共同诉讼人所进行的诉讼行为对其他共同诉讼人并不发生效力。各个共同诉讼人可以独自进行自白、承认对方的诉讼请求或者放弃自己的诉讼请求以及与对方和

〔7〕 参见前注〔1〕。

〔8〕 参见前注〔1〕。

解或接受调解,其相应行为的法律效果不会波及其他共同诉讼人。一个共同诉讼人发生诉讼中止或诉讼终结等事由,也不会对其他共同诉讼人产生影响。在上诉程序中,即使一个共同诉讼人提起上诉,其他共同诉讼人也不会发生上诉效果。另外,据张卫平教授所言,目前中国虽有部分学者主张“共同诉讼人之间证据共通”的原则,但是学术界和实务界对此并未形成一般性认识。

#### (六) 同时审判申请共同诉讼

同时审判申请共同诉讼是指,普通共同诉讼中,如果原告对共同被告中一方的诉讼请求与对其他被告的诉讼请求在法律上不能同时成立,那么一旦原告提出同时审判申请,法院就不能进行辩论分离和判决分离(这里所说的判决分离是指部分判决)(日本民事诉讼法第41条第1项)。例如,X出售汽车给Y1,但是同时对Y1的代理人Y2的代理权有质疑,于是X对Y1提起诉讼,主张合同有效而请求Y1依约支付价款;同时X对Y2提起诉讼,主张合同无效而追究Y2无权代理的法律责任(日本民法第117条第1项)。两个请求被合并成普通共同诉讼处理。这种情形下,由于X对Y1的请求与X对Y2的请求在法律上不能同时成立,因此X理应可以就其中某一个请求获得胜诉。但是,如果允许辩论分离或者部分判决,那么就会造成由不同的法院分别审理这两个请求。如此,X则有可能在X对Y1的诉讼中合同被判无效而败诉,在X对Y2的诉讼中合同被判有效而败诉。为了防止这类事态的发生,日本民事诉讼法规定在原告提起同时审理申请时禁止法院进行辩论分离及部分判决,以保证由同一法官对案件做出统一判断而实现事实上的合一确定。

在原告对共同被告中一方的请求与另一方的请求在法律上不能同时成立时,如果仅着眼于防止原告双重败诉,保证判断内容没有矛盾,那么也可以将此种情形作为必要共同诉讼处理。但是如果将其作为必要共同诉讼处理,那么当事人进行诉讼的自由就会受到制约,这便未免有失偏颇。具体说来,如果把这种情况作为必要共同诉讼处理,那么一旦出现诸如一个共同被告人死亡的诉讼中断事由,整个诉讼就会被迫中断,原告的权利实现也会迟延。而如果采用同时审判申请共同诉讼的形式,则原告就可以通过撤回同时审判申请(日本民事诉讼规则第19条),迅速推进对其他未发生中断事由的共同被告人的诉讼。一般认为,原告虽然会有意识地回避双重败诉的风险,但也不情愿受到僵硬的必要共同诉讼规则的制约。基于以上原因,法律规定在原告期望由同一法官做出统一审判时限制法院的诉讼指挥权,使之不能进行辩论及判决的分离。

综上所述,同时审判申请共同诉讼从来都不是必要共同诉讼,它只是对法院的辩论分离、判决分离的诉讼指挥权进行限制的一种特殊形态的普通共同诉讼。其实质是,在保持普通共同诉讼当事人诉讼自由及法院程序运作灵活性的同时,强化普通共同诉讼对特定类型案件的纠纷解决机能的一种立法尝试。

## 五、必要共同诉讼

### (一) 日本固有必要共同诉讼的要件

固有必要共同诉讼是指,在“合一确定的必要”的基础上,同时具有“诉讼共同的必要”的共同诉讼。即,固有必要共同诉讼不允许由个别原告提起诉讼或者仅对个别被告提起诉讼。如果所有当事人不能一同成为原告或者被告,那么就不能认为当事人适格。但是,对于哪些情形才具体符合固有必要共同诉讼的要求的议论却错综复杂难有定论。其原因在于,虽然传统的判例及通说都以实体法上的管理处分权作为判断诉讼共同必要的标准,可是对实体法规定本身以及管理处分权的理解却因人而异。此外,还有一些观点主张在判断是否具有诉讼共同必要时,除了应考虑实体

法上的管理处分权之外,还应考虑诉讼政策。<sup>〔9〕</sup>

目前,日本的判例和学说整体趋向缩小固有必要共同诉讼的范围。这是因为,如果某个诉讼被作为固有必要共同诉讼处理,那么当事人进行诉讼的自由及接受裁判的权利就有可能受到不当影响。比如,原告方构成固有必要共同诉讼时,如果共同诉讼人范围尚未明确或者有共同诉讼人拒绝共同起诉,那么其他共同诉讼人就无法提起诉讼。另外,被告方构成固有必要共同诉讼时,即使某些人对原告的主张没有异议也必须作为被告一同被起诉。只要遗漏了被告其中一人,起诉就被视为不合法。因此,固有必要共同诉讼有诸多不合理之处,甚至成为当事人接受裁判权利的重大障碍。

对能否成立固有必要共同诉讼讨论最多的是不动产、动产等共同所有案件。为了尽可能避免全体共有人不一同起诉就无法提起诉讼,或者不将全体共有人列为被告就无法提起诉讼等事态的发生,判例和学说有如下考虑:当各个共同所有人具有持份权,且法律允许共有人对共有物进行分割或允许各共有人将所持有份额转让时,各个共有人可以单独处分自己持有的份额,因此一般不成立固有必要共同诉讼。即,各个共同所有人可以单独提起诉讼。但是,因为共有权本身为全体共有人所有,各个共有人并不能单独处分,所以,与共有物整体处分有关的诉讼成立固有必要共同诉讼。比如,以第三者为被告提起的共有权确认之诉,以及基于共有权提起的请求所有权转移登记之诉等。这类诉讼的诉讼标的是共有权本身,诉讼结果关系到共有物的处分,因此构成固有必要共同诉讼。而以第三者为被告提起的持份权确认之诉,则因为诉讼标的为各共有人可以单独处分的持份权,所以可以单独提起个别诉讼。

另外,判例也在很早以前就开始尝试通过实体法的构成解释认可个别诉讼。即,通过在法律构成上运用共有物的物权保护理论及不可分债权(或不可分债务)等理论,尽可能否定固有必要共同诉讼的成立。比如,在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、排除妨害的请求、注销登记的请求等,都具有使共有物免受第三者侵害的性质。因此基于以上请求各共有人单独提起诉讼时,该诉讼将作为一种物权保护请求<sup>〔10〕</sup>而被认可。<sup>〔11〕</sup>另外,有判例根据不可分债权理论(日本民法第428条)<sup>〔12〕</sup>对依据共有不动产交付请求提起的单独诉讼<sup>〔13〕</sup>予以承认。

除此之外,由于被告方为共有人的案件中各共有人的义务构成不可分债务(日本民法第430条),<sup>〔14〕</sup>有很多判例否定了这种情况下固有必要共同诉讼的成立。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,有判例将建筑物共有人的义务作为不可分债务而否定固有必要共同诉讼的成立。<sup>〔15〕</sup>另外,也有判例认为,在不动产出租人为共

〔9〕 小島武司『訴訟制度改革の理論』(弘文堂・1977年)117頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)〔補訂版〕』(有斐閣・2006年)215頁等。

〔10〕 日本民法第252条规定,有关共有物的管理,原则上按照各共有人持有份额价格的过半数决定。“但是共有物的保护行为,各共有人可以单独进行。”

〔11〕 参见大判1921年6月13日民録27輯1155頁、大判1921年7月18日民録27輯1392頁、最判1956年5月10日民集10卷5号487頁等。

〔12〕 日本民法第428条规定,在不可分债权中“各个债权人可以为全体债权人请求债务人履行义务,债务人也可以对任何一个债权人履行其对全体债权人的义务”。

〔13〕 参见最判1967年8月25日民集21卷7号1740頁、最判1969年7月24日判時567号51頁等。

〔14〕 日本民法第430条规定,不可分债务适用第432条连带债务的规定。日本民法第432条规定:“数人承担连带债务时,债权人可以对连带债务人中的一人,或者同时或是依次对所有连带债务人,提出全部或者部分履行债务的请求。”

〔15〕 最判1968年3月15日民集22卷3号607頁。

同继承人时,承租人以共同继承人为被告提起确认承租权的诉讼,因出租人对承租人的义务为不可分债务而不能成立固有必要共同诉讼。<sup>[16]</sup>

在原告方成立固有必要共同诉讼的情形下,只要有一个必要共同诉讼人不赞成起诉,那么即使大多数人希望提起诉讼,诉讼也无法被提起。原告方通过诉讼获得权利救济的途径被彻底封闭。因此,人们开始讨论将意见不一致而拒绝提起诉讼的共同诉讼人转为被告这一变通之策。日本最高裁判所也已通过判例明确表示在一定的条件下对这一作法予以认可。<sup>[17]</sup>在该案例中,某土地的数十个共同所有人以土地登记簿上的名义人为被告提起诉讼,请求确认该土地的共同所有权。但是,共同所有人中的一部分人不同意提起诉讼。因此原告将这一部分共有人增列为被告提起了诉讼。日本最高裁判所认为,即使该案件是固有必要共同诉讼且集团成员中存在反对起诉的人,但还是有必要通过民事诉讼对权利状态予以确认。而且,主张权利存在的成员的诉权必须得到保护。因此,该判例允许了仅以主张权利存在的成员为原告,而将拒绝起诉的成员增列为被告提起诉讼。

## (二) 中国必要共同诉讼的要件

中国民事诉讼法理论认为,诉讼标的同一即成立必要共同诉讼(中国民事诉讼法第53条)。而诉讼标的是否共同,即共同诉讼人对诉讼标的是否具有共同权利或者共同义务,则取决于实体法的规定。一般认为,具有实体法上的共同关系或者连带关系即满足必要共同诉讼的成立要件。<sup>[18]</sup>具体而言,同一财产的多数人共有被认为是典型的共同关系。比如,共同经营者对共同财产的共有、共同继承人对被继承财产的共有、夫妻财产的共有、知识产权的共有等。这些围绕共有财产纠纷而引发的诉讼被认为是最为典型的固有必要共同诉讼。<sup>[19]</sup>

此外,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》<sup>[20]</sup>(以下称为“适用意见”)的有关规定,以下情形被视为必要共同诉讼:1、营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的,以业主和实际经营者为共同诉讼人(适用意见第46条);2、个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人(适用意见第47条);3、企业法人分立的,因分立前的民事活动发生的纠纷,以分立后的企业为共同诉讼人(适用意见第50条);4、借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的,出借单位和借用人为共同诉讼人(适用意见第52条);5、因保证合同纠纷提起的诉讼,债权人向保证人和被保证人一并主张权利的,人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告(适用意见第53条);6、在继承遗产的诉讼中,部分继承人起诉的,人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼;被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的,人民法院仍应将其列为共同原告(适用意见第54条);7、被代理人和代理人承担连带责任的,为共同诉讼人(适用意见第55条);8、共有财产权受到他人侵害,部分共有权人起诉的,其他共有权人应当列为共同诉讼人(适用意见第56条)。

## (三) 日中必要共同诉讼要件的比较

相比之下,日本一般认为应尽可能限制固有必要共同诉讼的成立,而中国则倾向于更宽缓地承认固有必要共同诉讼。比如,有关共有财产的案件在中国基本都作为固有必要共同诉讼处理。

[16] 最判1970年5月22日民集24卷5号415页。

[17] 最判2008年7月17日民集62卷7号1994页。

[18] 参见前注[1]。

[19] 参见前注[1]。

[20] 最高人民法院审判委员会第528次会议讨论通过,1992年7月30日颁布。



而在日本则只有共有权本身成为诉讼物<sup>[21]</sup>时才成立固有必要共同诉讼,有关共有物侵害排除及共有物返还等请求,则根据共有持份权、物权保护及不可分债权等理论,允许各共有人单独提起诉讼。此外,在被告方为财产共有人时,也可以根据不可分债务理论否定固有必要共同诉讼的成立而允许对部分共有人提起诉讼。

此外,债权人同时向保证人和被保证人提起的诉讼,或者债权人同时向承担连带责任的代理人和被代理人提起的诉讼在中国都作为必要共同诉讼处理。但是这种情况在日本则非但不能构成固有必要共同诉讼,而且也不能构成类似必要共同诉讼,只能作为普通共同诉讼处理。所以,即使债权人同时向保证人和被保证人提起了诉讼,如果法院认为将案件分离先行审理被保证人有关的部分更为合理时也可以将案件分离审理。

#### (四) 类似必要共同诉讼

类似必要共同诉讼的当事人各自具有单独的当事人资格,可以单独起诉或者被起诉。但是如果各当事人共同起诉或者共同被诉,则为了保证判决的合一确定而将案件作为必要共同诉讼处理。换言之,在类似必要共同诉讼中,各当事人本没有共同诉讼的义务。但是一旦当事人选择了共同诉讼,那么共同诉讼人独立原则的适用就会被排除,转而适用必要共同诉讼的程序规则。因此,类似必要共同诉讼是没有共同诉讼的必要,但有合一确定的必要的共同诉讼。<sup>[22]</sup>

19世纪的德国对类似必要共同诉讼的承认比现代更为宽泛,那时,连带债务关系也作为类似必要共同诉讼处理。但是,随着20世纪初赫比希学说的提出,德国和日本的通说开始认为,应该将类似必要共同诉讼的范围限制在判决效力彼此扩张的案件之内。而以多数连带债务人为共同被告或者以债务人和担保人为共同被告提起的共同诉讼只是为了避免产生相互矛盾的判决,并不存在一方的判决效力扩张至另一方的情形。因此这类诉讼不再作为类似必要共同诉讼处理。其原理在于,如果这种情形都要适用必要共同诉讼的规则,那么就会严重背离每个人都可以自行处分其权利义务实体法原则,作为共同诉讼的程序规则而言,其未免失之过度。

比如,如果把被告为多数连带债务人的诉讼作为类似必要共同诉讼处理,那么即使其中部分连带债务人愿意承认对方的诉讼请求或者自白,进行这些诉讼行为的权能也被剥夺了。如果考虑各连带债务在实体法上的独立债务性质,那么这种处理已经是对实体法原则的背离。并且,法院程序的运作也会变得不自由,有可能导致某些案件中纠纷解决的迟延。因此,可以作为类似必要共同诉讼处理的案件必须是有正当理由可以剥夺各共同诉讼人各自进行诉讼的自由案件,即前文所说的判决效力在各共同诉讼人之间彼此扩张的案件。

#### (五) 日本必要共同诉讼的审理程序

在审理必要共同诉讼时,为了保证各共同诉讼人之间判决的合一确定,各共同诉讼人的判决的基础材料是共同的,法律须采取措施使共同诉讼人在诉讼进程上保持一致。民事诉讼法第40条对此做了具体规定,可以概括为以下四点:1、一个共同诉讼人的诉讼行为只有在对全体共同诉讼人有利时才发生效力(日本民事诉讼法第40条第1项);2、对方当事人对一个共同诉讼人的诉讼行为,不论有利与否都对全体共同诉讼人发生效力(日本民事诉讼法第40条第2项);3、一个共同诉讼人发生诉讼中断或中止的事由时,对全体共同诉讼人产生中断或中止的效果(日本民事诉讼

[21] “诉讼物”是日本民事诉讼法上的概念,与中国民事诉讼法中的“诉讼标的”相近,但是并不相同。

[22] 日本明治和大正时期,判例和学说中有关必要共同诉讼的观念仅指固有必要共同诉讼,不包括类似必要共同诉讼。此外,即使在类似必要共同诉讼得到认可之后,早期的判例和学说认可的类似必要共同诉讼成立的范围也要比现在广泛。前注[2],中村书,第184页。

法第40条第3项);4、适用必要共同诉讼程序审理案件时,法院不能行使辩论分离、部分判决的权限。详述如下:

一个共同诉讼人实施的诉讼行为如果对其他共同诉讼人有利,那么这一诉讼行为不仅对行为人发生效力,而且对其他共同诉讼人也发生效力。反之,如果一个共同诉讼人的诉讼行为对其他共同诉讼人不利,那么该诉讼行为不仅对其他共同诉讼人不发生效力,而且对行为人本身也不发生效力。简言之,对全体有利的行为即使是一个共同诉讼人实施,也对全体共同诉讼人发生效力;对全体不利的行为非全体共同诉讼人共同实施不发生效力。这样规定的原理在于:为了使判决的合一确定具有法律保障,全体共同诉讼人的诉讼资料必须是共同的,各共同诉讼人的诉讼行为也必须统一。但是要求各共同诉讼人总是一致采取诉讼行为并不合理。因此,基于共同诉讼人之间通常会互相配合这一判断,法律规定一个共同诉讼人的诉讼行为只有对全体共同诉讼人有利时,才承认其行为对其他共同诉讼人发生效力。

此处所说的有利与不利,并不意味着诉讼行为的结果一定导致共同诉讼人的胜诉,而是指合乎预想的可能导致败诉的行为类型以及在诉讼中失去相争机会的行为类型。具体而言,有利的诉讼行为包括遵守期限、开庭日到庭、否认对方主张的事实、提出抗辩、提出证据、上诉<sup>[23]</sup>;不利的诉讼行为包括放弃或承认诉讼请求、诉讼和解、自白、放弃责问权、撤回上诉等。

对方当事人对一个共同诉讼人实施的诉讼行为,无论有利与否均对全体共同诉讼人发生效力(日本民事诉讼法第40条第2项)。此项立法的宗旨在于实现共同诉讼人之间诉讼资料的共同(这一点与上述一个共同诉讼人进行的诉讼行为的情形相同),以及方便对方当事人诉讼。这是因为,对方当事人很难在任何情况下都对全体共同诉讼人进行诉讼行为,并且多数情况下共同诉讼人之间具有共同关系,这样处理对共同诉讼人一方并无不当可言。因此,如果部分共同诉讼人不出庭,对方当事人只要对出庭的共同诉讼人进行诉讼行为即可。

由于在必要共同诉讼中必须对全体共同诉讼人适用同一个程序进行审理,全体共同诉讼人的程序进展必须一致。如果一个共同诉讼人发生了诉讼中断或中止的事由,那么全体共同诉讼人都会产生诉讼中断或中止的效力(日本民事诉讼法第40条第3项)。比如,一个共同诉讼人死亡,全体共同诉讼人都会产生诉讼中断的效果。另外,此时不允许实施辩论分离(日本民事诉讼法第151条第1项),也不得对个别共同诉讼人实施部分判决。

#### (六) 中国必要共同诉讼的审理程序

中国民事诉讼法第53条第2款就必要共同诉讼人的程序规则采用了“共同诉讼人协商一致的原则”。即,一个共同诉讼人的行为只有在得到其他共同诉讼人的同意之后才对其他共同诉讼人发生效力。在民事诉讼法修改意见中,也有部分学者主张将“对其他共同诉讼人是否有利”作为必要共同诉讼人行为效力的判断标准。<sup>[24]</sup> 即,如果一个共同诉讼人的诉讼行为对全体共同诉讼人有利,那么就对全体共同诉讼人发生效力。相反,如果对其他共同诉讼人不利,则对全体共同诉讼人不发生效力,从而保护全体共同诉讼人的利益。即采取和日本民事诉讼法第40条同样的规定。

[23] 有观点认为,在上诉程序中,不愿上诉的共同诉讼人的意思也应该得到尊重。部分共同诉讼人的上诉会对全体共同诉讼人产生原审判决的确定遮断效力以及移审效力。由于只有实际上诉的人才具有诉讼人的地位,所以应该认可上诉人作为该审级中的诉讼承担人,对于未上诉人没有参加的审理部分也具有实施诉讼的权利。参见井上治典『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂・1981年)206頁。

[24] 参见前注[1]。

但也有反对意见认为，“何为有利(或不利)”，判断困难，因此“有利说”并不可行。<sup>[25]</sup>

## 六、多数共同利益人案件的对应

在现代的日本和中国有很多由伪劣食品、欺诈销售等引起的多数消费者大范围受害案件。在此类侵权案件中，不仅很难想像各个消费者通过个别起诉谋求救济，而且，由于大多数受侵害的消费者之间缺乏相互联系，也不具备资金、组织以及领导人，使得多数被侵害人自主组成集团提起共同诉讼也变得困难。此外，受侵害的消费者与加害企业在掌握的商品、服务的信息量以及纠纷处理过程中的交涉能力上都存在明显的差距，即使消费者提起个别诉讼或共同诉讼，也难以获得有利的诉讼结果。

为此，日本在负责消费者政策的内阁府内设置了称为“国民生活审议会”的质询机关，开始研讨导入德国等欧洲各国的团体诉讼制度。该质询机关在2005年提出了题为《消费者团体诉讼制度的方向》的报告。<sup>[26]</sup> 内阁府据此做出了消费者合同法的修改方案，经内阁会议决定后于2006年提交通常国会进行了审议。此后，消费者团体诉讼制度的消费者合同法修正案正式成立，并于2007年6月开始施行。<sup>[27]</sup> 对内阁总理大臣认可的适格消费者团体，消费者团体诉讼制度赋予其提起诉讼的权利，以制止企业使用不正当合同条款及进行不正当诱导销售。此外，2008年，旨在将该消费者团体诉讼制度的适用扩大至《不正当赠品类及不正当标示防止法》(简称“赠品标示法”)及《关于特定交易的法律》(简称“特定交易法”)的修改案也正式成立。

但是，消费者团体诉讼制度只认可了停止侵害请求权，这一请求权的目的在于预防将来可能发生的侵害，而旨在对过去受到的侵害获得救济的金钱请求权则被排除在外。因此，日本又开始参考美国、加拿大、巴西等国的集团诉讼(class action)制度，讨论创设新的诉讼制度。<sup>[28]</sup> 2009年9月，内阁府设立了专门负责消费者保护的消费者厅和消费者委员会。同年11月，为了探讨对被侵害的消费者进行集团性救济的新诉讼制度，又在消费者厅下设置了“集团性消费者被侵害救济制度研究会”，并在2010年9月提交了报告书。<sup>[29]</sup> 同年10月，消费者委员会下设的专门调查委员会开始进行立法审议，<sup>[30]</sup> 预计2011年夏季<sup>[31]</sup> 提出法案。

(责任编辑：李迎捷)

[25] 参见前注[1]。

[26] 笔者时任国民生活审议会委员参与该项立法。此外，法案的具体审议由该审议会下设的消费者团体制度检讨委员会实施，笔者时任该委员会委员长代理。

[27] 参见三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト1320号(2006年)61頁。

[28] 参见三木浩一「集合的権利保護訴訟制度の構築と比較法制度研究の意義—アメリカのクラスアクションを中心として」NBL882号(2008年)9頁同「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」現代消費者法1号(2008年)87頁等。

[29] 笔者时任集团性消费者被侵害救济制度研究会主席。

[30] 笔者时任消费者委员会专门调查委员会主席代理。

[31] 译者注：这一新的诉讼制度的立法进程与原计划相比已有所迟延。目前新的诉讼制度的立法原案已经基本形成，但尚未向国会提交正式法案。至于最后是否能够作为法案提出，具体何时向国会提出也尚未确定。