

论二审参加之审理模式与路径重构

马家曦*

目次

- | | |
|--------------------|--------------------|
| 一、问题的提出 | 四、辅助参加的二审限制与后诉抗辩路径 |
| 二、二审参加审理模式的比较与反思 | 五、结语 |
| 三、参加之诉的专属管辖与优先审理路径 | |

摘要 司法解释允许第三人在二审中申请参加,但调解不成将全案发回重审,以此保障第三人的审级利益并强行合并裁判,却不能兼顾程序效率与安定。其原因在于我国实务试图折衷苏俄与大陆法系模式但忽略了其关键设计:苏俄民事诉讼虽然奉行第三人参加后本诉必须重新审理的原则,但禁止一审判决做出后的参加申请;大陆法系普遍允许诉讼终结前申请参加,但奉行本诉继续审理的原则。现行立法未限制二审参加,我国应当放弃重新审理模式,采纳本诉继续的原则。参加之诉应当由一审法院专属管辖或者由二审法院移送管辖,二审原则上应中止本诉等待参加之诉确定,或者在参加之诉也到达二审时合并审理。无独立请求权第三人一般受到被参加一方当事人诉讼状态包括二审失权的限制,但如果同时受到既判力、执行力或形成力的扩张作用,二审中仍可以实施与被参加一方当事人不同的诉讼行为。后诉中无独立请求权第三人可以基于其诉讼实施的缺陷排除参加或预决效力,恢复主张及证明责任分配的一般原则。

关键词 有独立请求权第三人 无独立请求权第三人 诉讼参加 发回重审

一、问题的提出

诉讼参加制度具有保障第三人权益、维持裁判统一、纠纷解决等功能,但其发展陷入停滞,缺乏革新,制度设计缺陷不断显现。重要的问题之一为,立法并未明确限制参加时点,第三人在二审仍然可以申请参加,由此产生了如何兼顾第三人参加权与审级关系的难题。^{〔1〕}

*西南政法大学法学院讲师、法学博士。本文系国家社会科学基金重大项目“国家治理体系中民事执行现代化研究”(项目编号:20&·ZD195)的阶段性成果。

〔1〕最早认识到该问题的是肖建国教授与刘东教授。参见肖建国、刘东:《民事二审程序中的第三人问题》,载《国家检察官学院学报》2014年第5期,第139—147页。

很久以来,围绕二审参加的处理方式存在争议。第一种观点认为,应当允许二审参加;第二种观点认为,二审中不允许参加,一律以事实不清为由发回重审;第三种观点折中地认为,二审可以尝试调解,调解不成发回重审。^[2] 最终,第三种观点被实务采纳。1984年《关于在经济审判工作中贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》(以下简称《经济审判意见》)规定:“二审法院对于准许第三人参加诉讼的案件,经调解达不成协议的,应当作出裁定,撤销原判,发回重审。”此外,《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》(已失效)(以下简称《民诉意见》)第156条规定,法庭辩论结束前,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。有学者据此认为,有独立请求权第三人提出诉讼请求应当限定在一审言词辩论终结之前。^[3] 但这种观点没有被立法或司法解释采纳。

当前,调解不成发回重审基本上被《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325条规定全盘采纳,即对于有独立请求权的第三人,二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解;调解不成的,发回重审。不过,对于无独立请求权第三人,第325条并未直接明确。尽管如此,这并不代表司法解释的制定者未曾认识到这一问题。实务观点认为,被法院判决“承担责任”的无独立请求权第三人具有相当于必须参加诉讼的当事人地位。^[4] 据此,应当区分两种情形:其一,二审认为不需要该第三人承担责任的,可以径直裁判。其二,需要承担责任的,同样适用于调解不成,发回重审的处理方式。^[5]

以“调解不成则发回重审”为原则诚然可以充分保障第三人的审级利益,避免实质上的一审终审,但仍然存在以下问题。

其一,浪费诉讼成本,增加审理负担。发回重审将导致一审程序重新开始,付出的诉讼成本被严重浪费。强制二审法院撤销一审裁判并将全案发回重审,由于缺乏中间裁判制度,一审诉讼程序无可分之界限,发回只能视为全部被废弃。^[6] 随后,一审不得不再次组织审理,增加了法院负担和当事人讼累。而且,对无独立请求权人的处理取决于其是否承担责任,只有在二审裁判时机成熟时方能认定,那么发回还会导致二审的审理被浪费。

其二,增加滥用参加申请,导致诉讼迟延的风险。只要一方当事人认为一审裁判结果对其不利,就可以通过引入第三人的方式将裁判撤销,从而获得再次一审的机会,并对一审法院施加压力。全案发回重审,“适时审判”的目标将落空。在全案被发回重审之后,通过“重启程序”,当事人又获得了重新组织攻击防御的全新举证期限,这对对方当事人显然是不公平的。即便发回非出于恶意串通,而是第三人自己决定申请参加,发回重审仍然会损害诉讼程序与司法裁判的稳定性,其结果很可能是对原一审双方当事人都不公平。

其三,发回后变更合议庭导致调查资料沿用困难。德国通说认为,发回重审的效力是使一审继续进行,在发回重审至一审继续审理的阶段,视为诉讼程序中止,^[7]即把原先的一审和重审的一审视为整体,从而原先一审实施的诉讼行为和证据调查原则上可以继续有效。^[8] 但是,

[2] 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1987年版,第172页。

[3] 参见王亚新:《第三人参与诉讼的制度框架与程序操作》,载《当代法学》2015年第2期,第149页。

[4] 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(下)》,人民法院出版社2015年版,第868页。

[5] 同上注,沈德咏书,第288页。

[6] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第734—735页。

[7] Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Aufl., 2016, § 538 Rn. 24.

[8] Vgl. Rimmelpacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 538 Rn. 82.

我国《民事诉讼法》第41条规定：“发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。”民事诉讼遵循直接原则，只有由亲自审理的法官出席言词辩论、接触证据才能将其结果作为裁判基础，另行组成合议庭意味着，重审法官客观上难以援用原有的调查成果，这就和德国《民事诉讼法》第538条规定二审发回重审后并不变更法官，将一审视为整体，有明显不同。^{〔9〕}

上述问题表明，调解不成发回重审的设计存在严重缺陷。调解成功只是一种理想设定，发回重审过分强调第三人的参加权与审级利益，忽视了诉讼当事人对于诉讼推进状态的期待利益以及民事诉讼制度有关纠纷解决经济、效率价值的重要考量，导致程序设计严重失衡。为此，本文需要回应和解决的问题是，如何提出能够兼顾前述考量的更合理的审理原则。

二、二审参加审理模式的比较与反思

当前司法解释至少有两点需要加以反思。一是第三人参加后，当事人之间原本的诉讼程序应如何进行，是推倒重来还是继续审理；二是是否允许在二审提出参加申请。围绕着第三人参加与当事人之间原本正在进行的诉讼程序的关系，存在两种不同的模式，笔者将之称为“本诉重新审理模式”与“本诉继续审理模式”，我国司法解释则属于折中。

（一）仅限一审的“本诉重新审理”模式

首先是本诉受参加影响而重新审理，但仅限于一审判决做出前的苏俄立法模式。

1. 第三人参加后本诉重新审理

所谓本诉重新审理原则，是指法院在第三人参加后将整个审理程序恢复至受理之初的阶段，重新组织庭前准备以及开庭之审理推进方式，其为苏联民事诉讼法以及现行俄罗斯民事诉讼法所采纳，即“案件的审理重新进行”。^{〔10〕}

一方面，苏联民事诉讼法理论将第三人分为有独立请求权与无独立请求权两类。其认为，有独立请求权第三人的诉讼权利等同原告，仅就这一点而言与大陆法系的独立诉讼参加并无不同；对于无独立请求权第三人，曾存在争议，多数观点反对将其作为当事人的“辅助者”或“帮助者”，因为其存在固有的、指向后诉的利益；^{〔11〕}除立法明确不能行使增加或减少诉讼请求、和解、撤诉、承认诉讼请求等处分权利以外，其享有其他的一切广泛权利。^{〔12〕}而克列曼承认类似大陆法系所谓辅助参加第三人的“辅助性”，即第三人追求的是自己的利益，在诉讼上只是起到辅助的作用，故不得实施被参加一方当事人“明确反对的行为”，但在后诉中以被参加一方当事人的错误和缺点进行抗辩，或者在后诉中主张因被参加一方当事人拒绝其帮助实施诉讼行为而免除责任。^{〔13〕}不过，由于排除“积极抵触”的根据在于辩论主义和处分主义，^{〔14〕}在采纳职权主义的苏联法上，克列

〔9〕 Vgl. Wulf, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 36. Ed., 2020, § 538 Rn. 34; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aao(Fn.7), § 538 Rn.24.

〔10〕 参见《俄罗斯联邦民事诉讼法典》，黄道秀译，中国人民公安大学出版社2003年版，第30—31页。

〔11〕 参见[苏] C. H. 阿布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼法(上)》，中国人民大学审判法教研室译，法律出版社1956年版，第142页；[苏] 阿·阿·多勃罗沃里斯基：《苏维埃民事诉讼》，李衍译，法律出版社1956年版，第71—72页。

〔12〕 J. Alex Morton, *Civil Procedure in the U.S.S.R.*, 7 (2) Case Western Reserve Journal of International Law 211, 216 (1975).

〔13〕 参见[苏] 克列曼：《苏维埃民事诉讼法》，法律出版社1957年版，第148页。

〔14〕 伊東俊明「訴訟参加人の地位・権限に関する覚書」岡山大学法学会雑誌第66巻3・4号(2017年)25頁。

曼的观点根本就不可能得到真正贯彻。

另一方面,与大陆法系明确第三人不得要求重新进行在参加之前已经进行的诉讼程序不同,苏联民事诉讼理论界包括克列曼也认为,第三人参加时,法院不受已经形成的诉讼结果的拘束,必须重新审理,这样才能“努力查明当事人的真实相互关系和实质真实”。^[15] 由于采纳以查明真实为目的的职权主义与集中审理模式,案件必须通过充分的庭前准备程序,使审判人员了解案情的基本情况,掌握必要的证据,才能进入之后的“实体审理”与“法庭辩论”阶段,^[16]而庭前准备程序必须由当事人、第三人共同参与,这就要求重新组织各方。因此,即便是克列曼所谓的无独立请求权第三人的“辅助性”也只是一种弱化了了的程序原则,即其诉讼行为受到被参加一方当事人明确拒绝的限制,却不存在受到诉讼进行状态限制的问题。于此,查明真实的顺位更加优先。

总之,如果第三人是在法院裁判前较晚时点才申请参加,也不得不将实施的程序推倒重来。这一立场也被现行俄罗斯民事诉讼法所承继,如《俄罗斯民事诉讼法》第42条规定“在对争议标的提出独立请求的第三人参加案件时,案件的审理从头进行”,第43条规定“在不对争议标的提出独立请求的第三人参加案件时,案件在法院的审理从头进行”。^[17]

2. 第三人必须在一审判决做出前申请参加

第三人只能在一审判决做出之前(实际上是法庭辩论终结,一审合议庭成员进入评议室之前)申请参加,^[18]而不得申请参加二审,即《苏俄民事诉讼法》第37、38条以及现行《俄罗斯民事诉讼法》第42、43条的规定。

没有被告知参加诉讼或者被驳回参加申请的第三人不得对一审裁判提出上诉。如果诉讼进行至二审,审理将在没有第三人参加的情况下继续进行。苏联最高法院民事案件上诉庭裁定:“至于没有被告知参加诉讼或者没有被准许参加诉讼的人,他们没有对法院判决上诉的权利,但是,这并不剥夺他们提起独立诉讼的权利。”故第三人可以另诉主张权益。^[19] 于此,需要注意的是,只要不是法院通知参加而拒不参加,第三人未曾参加前诉,就并非前诉相同的主体。根据《苏俄民事诉讼法》第55条“在审理由同样人参加的另一一些民事案件时无须重新举证”的规定,其另诉主张不受预决效力的限制。^[20] 考虑到只能另诉对于第三人的保护并不周延,现行《俄罗斯民事诉讼法》进行了修正。第42、43条规定,第三人可以就驳回参加申请的裁定提出上诉。如果第三人最终被允许参加,案件仍将重新审理。^[21] 当然,这只限于一审中第三人已经提出参加申请而被一审法院裁定驳回的情形,如果一审中根本没有申请参加或者被法院主动通知参加而未参加,显然无法再以任何形式声明不服。

与之类似,《民诉意见》第156条曾经规定,参加申请必须在言词辩论终结前。在我国学者的

[15] 见前注[13],克列曼书,第149页。

[16] 参见段文波:《庭审中心视域下的民事审前准备程序研究》,载《中国法学》2017年第6期,第204—206页。

[17] Kirill Trofimov, *Civil Procedure in Russia*, Kluwer Law International, 2013, p.108.

[18] 见前注[11],阿布拉莫夫书,第138—141页;前注[11],多勃罗沃里斯基书,第68页;Don W. Chenoweth, *Soviet Civil Procedure: History and Analysis*, 67 (6) Transactions of the American Philosophical Society 1, 38(1977).

[19] 参见[苏]C. H. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼法(下)》,中国人民大学审判法教研室译,法律出版社1956年版,第144页。

[20] 参见《苏俄民事诉讼法典》,梁启明、邓曙光译,法律出版社1982年版,第20页。

[21] Trofimov, *supra* note [17], at 108.

讨论中,也有认为第三人提出诉讼参加申请与法院发出通知应当仅限于第一审程序中最后一次开庭审理的言词辩论终结之前的观点。^[22]笔者认为,这种观点其实更接近苏俄法本义。

(二) 不限审级的“本诉继续审理”模式

另一种是允许第三人在诉讼终结前任何时点参加,^[23]且本诉不受参加影响而继续审理的大陆法系模式。

1. 第三人参加后本诉继续审理

首先,主参加第三人须通过向受诉法院提出独立的请求权以及独立的诉行使权利,即“参加之诉”。本诉的两造在参加之诉中成为共同被告,但本诉与参加之诉一般不产生既判力的相互影响,彼此是独立的。^[24]尽管合并审理更加恰当,却并不意味着必须强制合并审理。法院根据具体情况可以合并或者分别审理,也可以先审理参加之诉而中止本诉。^[25]无论如何,参加均不影响本诉已完成的进度,即并不会与新的参加之诉一起重新开始。^[26]

其次,对于辅助参加第三人而言,其参加不仅不会导致重新辩论,^[27]还要受到当事人已经实施的诉讼行为和诉讼状态的拘束。辅助参加第三人对一审程序内部的部分判决、中间裁判均不得主张推翻。^[28]以上也被称为“诉讼状态承认义务”。^[29]与之并列的则是“抵触禁止”,即不得实施与被支持一方当事人此前已经做出的诉讼行为相反的行为。即便是所谓“共同诉讼辅助参加人”,其可以实施抵触的诉讼行为,例如推翻自认或者自行提出上诉,但也受到诉讼状态的限制,不得实施已经被排除的行为,^[30]更不可能将诉讼退回至一审。此外,与《俄罗斯民事诉讼法》规定第三人可以单独对裁定驳回参加申请提出上诉不同,德国法院只审查参加申请是否符合形式要件,当事人自行决定对于第三人参加是否提出异议,未提出异议视为治愈,嗣后不得再反对。^[31]提出异议时,在就参加利益裁定生效之前,维持参加审理现状,即便第三人嗣后被否定参加利益而退出程序,其诉讼行为仍然有效。^[32]这一设计可以避免一审错误剥夺参加权,嗣后难以弥补的程序保障问题,也可以防止因为参加利益争议不能尽快确定导致诉讼迟延。

2. 第三人可以在诉讼终结前任何时点申请参加

第三人可以在诉讼系属直至裁判确定或者其他诉讼终结行为(如和解、撤诉)的任何阶段申请参加。德国的参加之诉由一审法院专属管辖,即便本诉已经移至二审,第三人也只能向一审法院

[22] 见前注[3],王亚新文,第149页。

[23] 德国法也存在例外,如《德国股份公司法》第246条第4款规定:“股东必须在(股东撤销诉讼)诉讼公告后的一个月之内申请辅助参加。”股东会决议确认无效诉讼亦同。这一条款主要是为了限制原告方股东参加诉讼的权利,如果在其间之后,参加申请就是无效的。Vgl. Ehmann, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2020, § 246 Rn. 20.

[24] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, S. 273. 奥地利的情况, Vgl. Fucik, in: Walter H. Rechberger, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., 2006, § 94 Rn. 1.

[25] Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aao(Fn. 7), § 64 Rn. 8.

[26] Vgl. Schultes, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 64 Rn. 16.

[27] Vgl. Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 66 Rn. 14.

[28] Vgl. Weth, aao(Fn. 27), § 67 Rn. 3-9.

[29] 齋藤友美子「ドイツにおける共同訴訟的補助参加人の訴訟上の地位について」比較法雑誌第51卷1号(2017年)168頁以下。

[30] Vgl. Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., 2003, § 69 Rn. 8-9.

[31] Vgl. Freund, Zur Streitverkündung: Zulässigkeit, Zwischenstreit und Gegenstandswert, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2(2010), S. 84-86.

[32] Vgl. Weth, aao(Fn. 27), § 71 Rn. 8; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., 2010, § 64 Rn. 2.

起诉,本诉当事人可以申请先中止本诉之二审审理。奥地利法明确,主参加之诉可以在本诉系属之内直至终结的任何时点提出。^[33]日本通说也认为,参加之诉的提起限于本诉尚在系属之中,即便本诉达到纯粹的法律审阶段,亦不例外。^[34]我国台湾地区“民事诉讼法”第54条则规定:“得于第一审或第二审本诉讼系属中,以其当事人两造为共同被告,向本诉系属之法院起诉。”显然,本诉诉讼请求并不会导致重审,而是由“系属法院”受理。对于辅助参加之第三人,立法也明确在一审言词辩论结束后直至系属消灭时仍然可以申请参加。^[35]在一审裁判做出后,共同诉讼辅助参加人甚至还可以自行提出上诉,但如果上诉期限届满,或者被参加一方当事人撤回起诉,诉讼将终结,第三人无法再继续参与实施诉讼。^[36]甚至,在再审之诉中第三人仍然有机会申请参加。^[37]法国法也并不排除在本诉的二审中提起参加之诉。^[38]作为例外的是,在笔者的有限考察范围内,^[39]大陆法系内似乎只有《瑞士民事诉讼法》第73条第1款对主参加之诉采取仅限于一审的模式,第三人在理论上最迟只能于一审判决前提起主参加之诉,其理由为本诉进入二审后已经实质上无法合并审理和裁判;^[40]而辅助参加则同样不限于一审、二审,判决确定或系属消灭前均可提出申请,盖因辅助参加只是支持一方诉讼,并无独立的诉请。^[41]

(三) 我国司法解释折中立场的失误

对照以上模式,我国制度设计的缺陷在于不能贯彻其逻辑,司法理念摇摆未定。

一方面,苏俄法上的“本诉重新审理”是为了配合其发现真实的司法理念,不得不牺牲之前已经进行的诉讼程序。其对我国产生了深远影响,例如,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第55条规定,人民法院应当为新参加诉讼的当事人确定举证期限,同时该举证期限适用于其他当事人,这种重新组织言词辩论的规定即可以视为前述理念的遗存。

另一方面,《民诉意见》第156条以及一审“法庭辩论结束前”的解释虽然更符合苏俄法的原旨,但随着苏俄法影响式微,“经济审判意见”、《民诉法解释》均抛弃了二审不能诉讼参加的立场,转而允许第三人在诉讼终结前任何时间参与的方案。第三人可以在终结前的任何阶段申请参加,这又与大陆法系即德日之规定相近似,但由于仍然坚持重新审理,这一转向并不彻底。

假设我国实务在采纳本诉重新审理原则的同时坚持一审终结前的时点限制,第三人无法参加时,其权利或法律关系主张可以由另诉解决,重新审理导致程序浪费的问题尽管仍然存在,但将得到一定缓和,不至于延伸到二审阶段。反之,假设采纳本诉继续审理原则,本诉和参加之诉之间是相互平行的关系,本诉与辅助参加之间是被加入与加入的关系,第三人不因审级而失去参加的机会,但不得要求重新开始已经进行的诉讼程序。所以,无论是苏联法还是德国法,均具有其一贯性,分别从时间和诉讼状态两个不同的维度制约第三人的参加权。我国既非完全沿袭前者的程序安排,也不是积极向大

[33] Vgl. Mayr, in: Walter H. Rechberger, aao(Fn.24), § 94 Rn.1.

[34] 松本博之=上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂,2010年)706頁。

[35] Vgl. Fucik, aao(Fn.24), § 17 Rn.2.

[36] 见前注[29],齋藤友美子文,168頁以下。

[37] Vgl. Fucik, aao(Fn.24), § 17 Rn.2.

[38] 参见《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,法律出版社2008年版,第554页。

[39] 大陆法系其他国家的情况,可参见ヴォルター・J・ハーブシヤト「第三者が訴訟に参加するための要件」比較法雑誌第25卷1号(1992年)42—74頁。

[40] Vgl. E. Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, Art.73 Rn.40—41.

[41] Vgl. E. Staehelin/Schweizer, aao(Fn.40), Art.74 Rn.16—21; Art.75 Rn.9.

表 1

模式	立法例	是否重新 审理	是否允许 二审参加	优 劣 比 较
重新审理	苏俄	√	×	注重实体真实,参加时点限制第三人
继续审理	德、日、奥、法	×	√	注重审理效率,兼顾第三人程序利益
	瑞士	×	辅助参加√ 参加之诉×	
折中模式	我国司法 解释	√	√	注重无分歧裁判以及第三人的审级利益,但 牺牲了本诉审理的效率与安定

陆法系传统靠拢,而是试图以调解为折中手段,将重新审理模式扩张至二审终结前,实质上突破了苏俄法的关键设计,结果是放任第三人参加而不加以任何限制,导致重新审理的弊端被严重放大。

为何我国实务要进行前述折中?其原因当是多方面的。法官于此遭遇两难:如果不允许参加二审,受判决效力的不利影响的第三人并未获得程序保障。一旦其根据《民事诉讼法》第 59 条的规定提起第三人撤销之诉,引起新的诉讼,显然是我国法院难以接受的。反之,如果允许第三人直接参加二审,并于二审直接对其做出实体判决,虽然避免了第三人撤销之诉,审级利益上又失公平。而以上困境的深层根源在于判决效力内容及其范围界定的缺失。

首先,缺乏既判力的主、客观范围界限。既判力要求“法院不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行审理和裁判,当事人也不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行起诉”。^[42]但在我国实务中,未曾申请或未被通知参加诉讼的第三人也会受判决效力的拘束,另诉主张受到制约,进而丧失了参照苏俄法禁止二审参加的实质理由。而强行以发回重审为代价实现本诉与参加之诉的合并裁判,也根源于忽视两者的客观内容差异,以至于无视本诉已经推进至二审故而无法合并的实际,过分地追求合一确定。

其次,缺乏预决效力的主观范围限制。《证据规定》中的“预决效力”不考虑是否参加诉讼,前诉查明事实(实际上也常被扩张至裁判理由中认定的法律关系)的判断拘束一切第三人,完全背离了《苏俄民事诉讼法》第 55 条“在审理由同样人参加的另一一些民事案件时无须重新举证”关于预决效力主观范围的限制。为了避免未参加诉讼的第三人在后诉“推翻”或者提起第三人撤销之诉,二审法院只能牺牲本诉的审理成果,强行发回一审合并审理。

再次,判决效力异化为可以直接判决无独立请求权第三人承担责任,不当地放大了审级利益。苏俄法上预决力只是指判决理由中的认定对第三人产生指向后诉的不利免证效果,并不代表其会在本诉主文中被直接判决承担责任。^[43]实际上,苏联民事诉讼法学界根本拒斥直接判决无独立请求权第三人承担责任的说法,甚至认为本诉和对于第三人的返还诉讼不能合并审理。所谓的预决效力避免不必要的后诉,不过是以判决的权威性促进无独立请求权第三人自动履行。^[44]多勃罗沃里斯基更明确指出,无独立请求权第三人不是共同被告,故不在诉讼中直接承担责任。^[45]而

[42] 张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,载《法学研究》2015年第1期,第68页。

[43] 见前注[11],多勃罗沃里斯基书,第277页。

[44] 见前注[11],阿布拉莫夫书,第143页。

[45] 见前注[11],多勃罗沃里斯基书,第72页。

我国实务则面临只有发回重审才能避免一审终审的困境。

二审参加的审理原则将来应当进行更加自觉的选择,避免两种完全不同的设计思路相互龃龉。既然现行《民事诉讼法》对二审参加时间不作限制,除欠缺主观范围的判决效力以及判决无独立请求权第三人直接承担责任需要矫正外,笔者建议放弃“本诉重新审理”,转而采纳“本诉继续审理”的程序设计。下文将以此为重点加以探讨。

三、参加之诉的专属管辖与优先审理路径

有独立请求权第三人的参加是提出将本诉当事人作为被告的参加之诉,^[46]其诉讼主张通常是对于本诉被告的给付请求与对于本诉原告的(积极)确认请求的合并。难点在于,由于本诉已经移审至二审阶段,如果允许第三人提出参加之诉,如何在不发回重审的背景下解决兼顾保障审级利益与防止矛盾裁判的问题,即“将相互牵连的两个诉放在不同的程序中处理,难免会出现矛盾判决”。^[47]笔者认为,应当明确客观上因审级原因无法合并审理而需要分离审理时,法官可裁定中止本诉,优先审理参加之诉。

(一) 一审法院专属管辖参加之诉的合理性

对第三人于二审中才提出的主参加或独立参加申请,大陆法系有一审法院专属管辖之分离审理和二审法院专属管辖之强制合并两种路径。

第一种方案是由一、二审法院分离审理。如德国法上的处理方式,参加之诉由一审法院专属管辖,即便本诉系属于二审审级之时,第三人也应当向一审法院起诉,此时本诉与参加之诉由于无法合并而相互平行。但本诉审理法院可以根据当事人之申请或者依职权,先中止本诉之二审审理程序,以等待参加之诉的结果。^[48]此处的“依申请”根据通说仅指当事人即本诉之原告、被告申请中止,而不得由参加之第三人申请中止,亦有观点认为也包括该第三人,但最终仍由法官裁量。日本实务的移送方式同样值得借鉴:日本实务上将本诉系属于二审时提出的主参加申请按照新诉处理,并单独移送一审法院审理,如果第三人没有这种提出新诉的意思表示,二审中将以判决形式驳回其参加申请。^[49]

第二种比较特殊的方案是通过舍弃第三人参加之诉的一审程序保障,强制于二审程序合并。如我国台湾地区“民事诉讼法”曾经规定,当事人可以任意选择向一审或者第二审法院提出参加之诉。为了避免分离审理导致矛盾裁判,修正后的第54条规定,主参加之诉与本诉之间的关系可以准用必要共同诉讼的合一确定规则,于本诉系属二审之际,主参加第三人应当向当前的系属法院即二审法院提出诉讼。这一方案固然能以合并审理避免矛盾判决,但将影响参加之诉当事人的审级利益,不啻为另一极端:《民法解释》是本诉于一审“俯从”参加之诉,而此方案是参加之诉于二审“屈就”本诉,其共同之处是要实现强制合并的目的。

笔者认为,参加之诉与本诉如果是在同一审级内,当然可以考虑合并审理,但既然本诉的一审裁判已经做出,合并审理成为审级上不可能实现或者代价过大的目标,就需要优先考虑分离审理,^[50]而不是片面地追求实现强制合并。毕竟参加之诉与本诉之间原本就不构成必要的共同诉讼,不存在强

[46] 见前注[2],柴发邦书,第170—171页;常怡主编:《民事诉讼法》,四川省社会科学院出版社1987年版,第103页。

[47] 见前注[1],肖建国等文,第140页。

[48] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 65 Rn.1.

[49] 参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第446、461页。

[50] 兼子一「ほか」条解民事訴訟法」(弘文堂,2011年)259頁。

制合并的必要性。相较之下,德日关于移送一审法院管辖、裁量中止本诉二审的处理更为恰当,其既确保程序安定性,有利实体公正,避免矛盾裁判,符合诉讼经济的要求,^[51]且能兼顾参加之诉当事人的审级利益。实际上,我国台湾地区“民事诉讼法”第184条也规定,在主参加诉讼确定前可以中止本诉。因此,即便参加之诉由本诉“系属法院”受理,仍可将主参加诉讼与本诉分别审判乃至中止本诉,故有学者主张我国台湾地区“民事诉讼法”第54条“仅为鼓励之政策,非法理上所必须如此”。^[52]对于我国而言,笔者也建议采纳一审法院专属管辖参加之诉的模式。如果第三人是向一审法院申请参加或者起诉,一审法院应于受理后告知二审法院;如果第三人是向二审法院申请参加,应当由二审法院将有独立请求权第三人参加申请视为起诉行为,移送给一审法院,由其审查是否受理。

(二) 优先审理参加之诉的可行性

分别审理的情形下,二审法院可以裁定中止二审之审理,等待参加之诉先行确定或者继续上诉。中止本诉并非强制性的,而是体现了合目的性。^[53]

其一,如果参加之诉也上诉至二审法院,其可以恢复被中止的本诉,将两案进行合并审理。其二,如果参加之诉先行确定,例如参加之诉当事人没有提出上诉。有观点认为,本诉当事人之间就不再有争讼的意义。^[54]本诉二审审理法院可以根据参加之诉的确定判决,做出驳回原告诉讼请求的判决。

1. 参加效力作为本诉中止的前提

中止诉讼是一种诉讼指挥权的体现,一般要求作为参加之诉审理对象的实体法律关系是本诉的前提性问题(Vorgreiflichkeit)。但仅有在事实上的影响,并不足以中止本诉,^[55]需要两个诉讼之间存在既判力或者形成力、参加效力的作用。

如恪守既判力主、客观范围,参加之诉与本诉本就是互相独立的,既判力互不及于。^[56]参加之诉的诉讼标的是对于本诉被告的给付请求与对于本诉原告的(积极)确认请求。^[57]显然,诉讼标的、当事人与本诉均不一致,既判力不能彼此作用。参加之诉也不能沿用本诉的诉讼资料,而是必须独立审理并做出裁判。

参加效力于此可以确认。为了避免被告同时被本诉及参加之诉的原告取得两份执行依据,只能从诉讼告知产生参加效力的角度,加以避免。^[58]根据既判力相对原则,尤其是坚持参加之诉和本诉的诉讼标的不能重复的原理,^[59]那么,A提起的参加之诉其实是分别起诉了B和C,C须将A对自己的诉讼告知B,方能使B亦受A、C间诉讼的参加效力拘束。

分析上述法理并非为了使问题复杂化,而是说明避免矛盾裁判除了既判力外,还必须考虑其他判决效力。就我国而言,由于参加之诉的原告和被告(本诉双方当事人)都是亲自参与庭审的当

[51] Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aao(Fn.7), § 65 Rn.1.

[52] 吕太郎:《民事诉讼法》,元照出版有限公司2016年版,第145页;相反,必须合并的观点,参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局股份有限公司2010年版,第225页。

[53] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 64 Rn.16.

[54] 见前注[52],吕太郎书,第145页。

[55] Vgl. Weth, aao(Fn.27), § 65 Rn.6; Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 148 Rn.10.

[56] Vgl. Weth, aao(Fn.27), § 65 Rn.6.

[57] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aao(Fn.24), § 52 Rn.29; Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 1963, S.621; Schultes, aao(Fn.26), § 64 Rn.16.

[58] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aao(Fn.24), 2010, § 52 Rn.29; Blomeyer, aao(Fn.56), S.621; Gehrlein, in: Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, § 64 Rn.6.

[59] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 64 Rn.16.

事人,且参加之诉的确认之诉与给付诉讼实际上合并审理,本诉当事人相互之间尚未审理的本诉,显然可以从参加效力的角度与参加之诉的确定判决获得连接,从而实现裁判结果的统一。此外,本诉的原被告还受到“预决效力”的约束,参加之诉生效裁判所查明的事实对于中止后恢复的二审审理也产生免证效力,同样有利于裁判事实认定的一致性。

可能有观点会指出,二审法院在级别上高于一审法院,如果是下级法院关于参加之诉的一审裁判先行确定,并且对二审法院产生判决效力的影响,会不会冲击当前司法机关的上下级观念?这种担忧不无道理,但对审级关系正确的理解仍然应当坚持在法律框架内,判决并不因上下级法院不同而产生质量差异。

2. 本诉中止的法官裁量责任

或许有观点会提出,如果中止本诉,等待参加之诉审理,由于参加之诉也需要重新审理,不受本诉审理所形成的资料的影响,这又与将参加之诉和本诉一起发回重审有何区别?

且不论第三人的参加之诉未必就能够胜诉,不必要为了一个未确定的诉讼请求,牺牲本诉已经取得的成果。全案发回重审的结果均是迟滞诉讼的终结。暂不牺牲本诉的二审审理进度,中止参加之诉并采取观望态度,是更加理性和经济的选择。相较于司法解释规定的必须发回重审,本诉二审法官是否中止审理,原本就是一项裁量事项。在裁量时,可以针对明显的滥用情形径直推进本诉的二审。

一方面,为了避免矛盾裁判,减少重复审理负担,本诉二审审理法官在裁量时应当尽量避免本诉先行确定。假设在极端的情形下,二审法院不中止本诉,而是径直做出本诉二审判决并先行确定,由于尚在审理之中的参加之诉原告(即第三人)并不是本诉当事人,原则上不应当受到本诉判决既判力的约束,此外对其也没有任何参加效力或“预决效力”的作用,此时就会产生“矛盾裁判”。例如,本诉先认定某物为本诉原告A所有,参加之诉仍有可能认定某物并非本诉原告A所有并且本诉被告B负担对有独立请求权第三人C的返还义务。虽有观点认为,如果本诉先行确定,参加之诉做出的判决可以直接替代本诉确定判决。^[60]但这种观点违背了判决未经再审、撤销不丧失形式既判力的基本原理。鉴于德国法并不介意本诉与参加之诉的判决既判力互不及于,而我国立法与实务极其重视法院裁判的外观统一,笔者认为,应当要求我国二审法官在行使是否中止的裁量权时充分考虑矛盾裁判的可能。于存在矛盾裁判可能时原则上应当中止本诉二审,等待参加之诉的一审结果,视其上诉或者确定的具体情形再次合并或者基于确定判决的参加效力进行统一裁判。

另一方面,法官也有基于程序经济和安定性进行裁量的权限。不排除有第三人故意或者与被告串通,通过提出参加诉讼迟滞本案审理的可能性。考虑到德国法上尚有宣告假执行的制度,第三人提起参加之诉,法院中止本诉二审并不绝对影响债权人提前实现权利,^[61]而我国并没有这种立法规定。因此,中止审理在我国更加可能会造成本诉原告权利实现迟延。然而,两害相权取其轻,中止审理总要好过整个案件被发回重审。而且,法官只有在参加之诉并非显然滥用权利的情况下,才负担应当中止的诉讼指挥义务。^[62]除了部分法定必须中止的事由外,参加之诉的中止则可以由本诉二审法官具体决定,对于那些显然无理由的参加申请,其可以不中止而直接判决。

四、辅助参加的二审限制与后诉抗辩路径

对于无独立请求权第三人在二审中才开始申请参加的情形,应当准许其参加并继续二审的实

[60] 见前注[52],吕太郎书,第145页。

[61] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 64 Rn.2; Bork, aao(Fn.30), § 65 Rn.2.

[62] Vgl. Fritsche, aao(Fn.26), § 148 Rn.1.

体审理,而不是调解不成发回重审。但同时需要限制第三人的攻击防御和诉讼行为。由此对第三人造成的影响,可以通过有条件地赋予后诉抗辩进行救济。

(一)“承担责任”的法律性质界定

在讨论第三人于二审的限制之前,应当对《民事诉讼法》第59条无独立请求权第三人可以被“判决承担民事责任”的条款进行解释。

当前的第一种解释为,其仅指裁判理由中对相关事实(权利)的确认,法院不能在主文中直接判决其承担义务。第二种解释为,当第三人与对方当事人的法律关系受判决既判力、执行力扩张或者形成效力所及时,有可能对对方当事人承担法律责任,如被变更追加为被执行人。第三种解释认为,这就是指法院可以在主文中直接判令第三人对原告承担责任,^[63]即相当于共同被告的所谓“被告型第三人”。围绕第三种解释观点,少数观点提出纠纷一次性解决、诉讼经济等辩护理由,^[64]但多数观点认为,这会导致无独立请求权第三人与共同被告、“第三方被告”相混淆,^[65]有悖于无诉无判、^[66]既判力相对性等基本原理。^[67]

笔者更赞同在第一及第二种解释的基础上把握“判决承担责任”。当前实务中关于无独立请求权第三人可以直接被判决承担义务的解释非常不妥,导致第三人申请参加二审时,不发回重审将有剥夺审级利益的现实问题。以此为逻辑前提的制度设计理应更新。通过实体判决一次性纠纷解决,须由原告决定将第三人作为共同被告,或者由被告对其起诉而法院加以(预备)合并。如果符合诉讼担当、继受关系的条件,也可以局部产生既判力或者执行力的扩张。但不能由法院越俎代庖,一般性地将无独立请求权第三人直接视同被告。第一种解释对应于所有的辅助参加情形,而第二种解释仅适用于共同诉讼辅助参加的第三人,下文将分别予以探讨。

(二)一般辅助参加类型

1. 诉讼行为之限制

实务观点认为,无独立请求权第三人“或者依附于原告,或者依附于被告,并不享有独立的原告或

[63] 实务观点如“原审法院依宁波银行北京分行申请将苏州银行追加为本案第三人,查清事实后判令宁波银行北京分行向民生银行三亚分行承担责任,其实体处理并无不当”。中国民生银行股份有限公司三亚分行申请执行宁波银行股份有限公司北京分行合同纠纷案,最高人民法院民事判决书(2016)最高法民终741号。

[64] 有观点认为,我国的无独第三人更加类似于美国的诉讼参加制度,已非单纯的辅助参加,而无形中具有促进纠纷一次性彻底解决的目的。参见刘东:《论无独立请求权第三人的识别与确定——以“有法律上的利害关系”的类型化分析为中心》,载《当代法学》2016年第2期,第136页。但准确地来说,所谓“第三方被告”(third party defendant),其在法律上具有和被告相同的对造地位,得到完全的辩论保障(complete defense protection);而且“第三方被告”是对“第三方原告”(即本诉讼的被告)承担责任,而非对原告承担责任。Practice in Third-Party Actions—Defenses by the Third-Party Defendant against the Original Plaintiff, 6 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1457 (3d ed.).因此,我国学者一般还是认为“第三方被告引入”属于诉(claim),与本诉(original claim)是“诉的合并”的关系。参见蒲一苇:《美国诉讼第三人制度及其成因》,载《民事程序法研究》2007年第3辑,第79页。

[65] 出于一次性纠纷解决或者减轻讼累的理由为之辩护的观点,参见胡学军:《论共同诉讼与第三人参加诉讼制度的界分》,载《环球法律评论》2018年第1期,第28页。

[66] 更多文献从第三人诉讼权利不足的角度反思直接对其判决承担责任的合理性,“无诉无判”的原则本身就值得坚持。如参见肖建华:《论我国无独立请求权第三人制度的重构》,载《政法论坛》2000年第1期,第111页。

[67] 多数学者认为,直接判决第三人承担责任属于判决效力的“过度扩张”。如参见廖浩:《论中国民事判决效力扩张之反思与限定》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第161页;李春丹:《反思无独立请求权第三人的类型化划分——基于判决效力的思考》,载《河北法学》2020年第7期,第178—187页;蒲一苇:《无独立请求权第三人参加诉讼的判决效力范围》,载《国家检察官学院学报》2016年第4期,第20—22页。

者被告当事人的诉讼地位”，其诉讼地位之派生性与德日法辅助参加之“从属性”具有共通之处。^{〔68〕}《德国民事诉讼法》第47条、《瑞士民事诉讼法》第76条、^{〔69〕}《日本民事诉讼法》第45条、《奥地利民事诉讼法》第19条规定“辅助参加人必须接受其参加时点上的诉讼状态”“依据辅助参加时的诉讼程度不能为的诉讼行为”，^{〔70〕}“其行为只在不与被参加一方当事人抵触时，才产生效力”。^{〔71〕}

故辅助参加第三人的行为不仅不能与被其支持的当事人相抵触，还需要尊重其加入时的诉讼状态限制，包括已经做出的中间裁判、攻击防御方法之失权、迟延状态、法定期限之经过、管辖合意等。如果当事人本人欠缺延长期限或重置程序的正当理由，辅助参加第三人亦不得提出其个人的理由。如果本诉当事人反对或其本人不符合撤销自认的情形，第三人不得撤销本诉当事人此前做出的自认。^{〔72〕}

2. 后诉抗辩之权利

如本诉继续审理，无独立请求权第三人由于受当事人迟延或妨碍而无法自由实施诉讼行为，受到二审裁判的不利影响，是否公平合理？该问题亦无法回避。虽然《证据规定》明确预决效力可以被后诉推翻，但第三人必须承担举证责任，实践中对其而言是非常不利的。

为了程序公平，可以参照大陆法系的通行做法，即《德国民事诉讼法》第68条、《瑞士民事诉讼法》第77条、^{〔73〕}《日本民事诉讼法》第46条关于参加人因诉讼状态限制、诉讼行为不得抵触、被参加之当事人妨碍而不能为诉讼行为、诉讼行为无效，或因被参加人故意、过失导致未实施诉讼行为之时，允许第三人在后诉中对有过错的当事人主张诉讼实施有缺陷且自身不存在过错的抗辩。第三人可证明如果没有前述限制或障碍原本可以实施诉讼，而这种被妨碍或忽视的攻击防御方法对于裁判具有实质影响。^{〔74〕}故为公平起见，其在前诉中不应受参加效力的不利拘束。^{〔75〕}瑞士法上还认为，第三人无过错的前提是其应当“尽可能早”地参加诉讼，明知诉讼却消极等待者无权主张诉讼状态限制导致“诉讼实施有缺陷”的抗辩。^{〔76〕}与之类似，我国台湾地区“民事诉讼法”第63条规定：“参加人因参加时诉讼之程度或因该当事人之行为，不能用攻击或防御方法，或当事人因故意或重大过失不用参加人所不知之攻击或防御方法者，不在此限。”在第三人与当事人之后诉中，依其参加时诉讼进行状况或因主要当事人之表示或行为阻碍其提出攻击或防御方法，或就其所不知之攻击或防御方法因主要当事人之故意或重大过失而未提出之情形，其主张始得被听取。故司法解释亦可以改动为：无独立请求权第三人在后诉中可以基于对方过错且本人无过错，排除对其不利的免证等效力。例如，因当事人迟延导致第三人的举证、主张被法院拒绝采纳的，在该当事人对第三人的追索、赔偿诉讼中，允许第三人提出排除免证效力，不承担推翻预决事实的举证责任，

〔68〕 见前注〔4〕，沈德咏书，第290页。

〔69〕 《瑞士民事诉讼法》第76条规定：“以按照诉讼状态尚属合法为限，参加者可以实施一切支持一方本诉当事人的诉讼行为，特别是主张一切的攻击防御方法与提出上诉。如果参加者的诉讼行为与该方本诉当事人之行为抵触，则其在诉讼上不予斟酌。”

〔70〕 《日本民事诉讼法典》，曹云吉译，厦门大学出版社2017年版，第21页。Vgl. Fucik, aao(Fn.24), § 19 Rn.2.

〔71〕 Vgl. Fucik, aao(Fn.24), § 19 Rn.2.

〔72〕 Vgl. Saenger, Zivilprozessordnung, 9. Aufl., 2021, ZPO, § 67 Rn. 2-13; BGH NJW 1991, 229(230).

〔73〕 《瑞士民事诉讼法》第77条规定：“对于本诉当事人不利的结果也对参加诉讼之人产生效力，除非：(1) 因受其加入的时点上的诉讼状态或者本诉当事人的作为或不作为妨碍，无法主张攻击防御方法；或者(2) 其不知情的攻击防御方法，因本诉当事人故意或重大过失而未主张的。”

〔74〕 Vgl. E. Staehelin/Schweizer, aao(Fn.40), Art.77 Rn.29.

〔75〕 Vgl. HüBtege, aao(Fn.32), § 69 Rn.9.

〔76〕 Vgl. E. Staehelin/Schweizer, aao(Fn.40), Art.77 Rn.28a.

恢复一般证明责任分配规则。

(三) 共同诉讼辅助参加类型

为了避免某些第三人在没有参加一审的情形下,受判决既判力、执行力或者形成效力所及,基于“听审保障”“武器平等”的考量,必须局部突破“从属性”限制,使其可以近似共同诉讼当事人的身份参与诉讼。^[77]

1. 判决效力扩张之特殊性

既判力、执行力扩张,是指第三人因继受关系或者实体法的牵连、依附性,将来会被对方当事人援引判决,在另案中受到直接拘束或者被申请强制执行的场合;同时,某些变更、消灭法律关系的形成判决具有对第三人的对世效力。只有赋予特定类型第三人近似当事人的诉讼地位,才能避免其受判决的拘束力,不能自由实施诉讼又不得反对不利后果。德国法上,这种情形只限于:(1) 仅针对第三人与对方当事人之间的法律关系,不包括第三人与被支持一方当事人的法律关系或者“潜在的利益冲突”;(2) 该法律关系受判决既判力、执行力扩张或者形成效力所及,不能仅是第三人的法律利益受判决既判力的损害,或者仅是法律要件的反射效力。^[78]《奥地利民事诉讼法》第20条规定:“判决基于争议法律关系的性质或法律规定,也对参加人和对造当事人的法律关系产生法律效力时,其地位等同共同诉讼当事人。”^[79]《日本民事诉讼法》第52条则将“合一确定”作为共同诉讼辅助参加的适用前提,实际上也是指本诉判决的效力及于第三人与对方当事人之间的法律关系,例如股东会决议撤销之诉的效力及于其他股东和公司的关系,^[80]债权人代位诉讼的败诉判决效力及于次债务人与其债权人的关系。^[81]

我国司法解释规定了若干判决效力扩张情形。如诉讼系属中标的让与时,由让与人继续实施诉讼,受让人受到判决效力的及于;^[82]又如,《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第14条、第17条还规定,可以追加“对出资承担连带责任”的未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或“对该出资承担连带责任”的发起人、合伙企业的合伙人,执行力产生扩张。^[83]再如,对于股东会决议撤销之诉的判决,其他股东与公司的法律关系也受到其形成效力的影响。^[84]

不过,如果并非前述特殊情形,无独立请求权第三人通常只是与被支持的一方当事人之间有法律关系,并没有与对方当事人之间形成直接联系,就不能例外地不受限制,更不能据此认为无独立请求权第三人应当一般性地具有准当事人的地位。例如,在确认专利无效诉讼中,第三人参加的目的是支持原告,从而不被专利权人主张侵权责任。如果专利被宣告无效,侵权请求权在要件上就不能成立。

[77] 见前注[42],张卫平文,第82页。

[78] Vgl. Dressler, in: Beck'sche Online-Kommentar zur ZPO, 36. Edition, 2020, § 69 Rn. 4; Schultes, aao (Fn. 26), § 69 Rn. 6-8.

[79] 奥地利法上也认为其只是地位等同,并不代表这种参加人就是当事人。Vgl. Fucik, aao (Fn. 24), § 20 Rn. 1-3.

[80] 见前注[50],兼子一ほか书,第274页。

[81] 见前注[14],伊東俊明文,第28页。

[82] 《民诉法解释》第249条规定:“人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定对受让人具有拘束力。受让人申请以无独立请求权的第三人身份参加诉讼的,人民法院可予准许。受让人申请替代当事人承担诉讼的,人民法院可以根据案件的具体情况决定是否准许;不予准许的,可以追加其为无独立请求权的第三人。”

[83] 见前注[67],廖浩文,第161页。

[84] 参见刘哲玮:《论公司决议诉讼的裁判效力范围》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第95页以下。

但这不属于既判力扩张,而是要件反射效力。所以该第三人仍然只是一般辅助参加。^[85]

2. 抵触禁止之豁免

尽管共同诉讼辅助参加第三人原则上也要受其参加诉讼时诉讼状态的限制,但其诉讼地位等同于共同诉讼人,故可实施与被参加一方当事人抵触的诉讼行为。^[86]于此,解除部分“辅助性”的法理根据在于前述判决效力扩张作用、有效制约诉讼当事人的程序需求以及防止不利后果的“牵制权能”。^[87]虽然诉讼被推进至二审阶段,被参加一方当事人必然已经实施了大量诉讼行为,但只要程序上还允许进一步推进,即不受中间裁判或审级等限制,就可以允许该第三人继续实施诉讼,如推翻当事人此前的诉讼行为,包括已经做出的承认、舍弃和自认。如被参加一方当事人撤回上诉,第三人可以继续实施诉讼。^[88]由于会被判决效力直接及于,此类第三人受到的限制不能有益于其听审保障要求。^[89]因此,较之一般的无独立请求权第三人,其在二审中的诉讼行为更加灵活,能够相对主动地通过支持一方当事人维护自己的利益。

如果产生既判力扩张,共同辅助参加第三人不得在后诉中直接主张主文的判决内容错误,也不能提出诉讼实施瑕疵的抗辩,有无其他救济方式?张卫平教授提出:“即使判决已经确定,法律上也给予……作为法律上有利害关系的第三人以辅助参加人身份提起再审之诉的机会。”^[90]在德国法上,对于将受到判决效力及于的共同诉讼辅助参加人,法院有通知其诉讼的义务,否则即视为侵犯听审请求权,未参与诉讼的第三人可以根据《德国民事诉讼法》第103条获得再审救济。^[91]其他情形的第三人,尤其是已经参加诉讼的第三人能否准用再审救济,通行观点亦予以肯定。^[92]《民诉法解释》第421条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第5条也规定了案外人申请再审。当然,再审仍需要严格遵守法定事由,单纯根据审理状态限制第三人的诉讼行为并非剥夺辩论权或听审请求权的情形。

最后,针对一般辅助参加与共同辅助参加在二审中的限制,还必须指出的是,我国实务的失权规则本不甚严格,二审作为事实审普遍允许提出事证。对于与案件基本事实相关的迟延举证,法院通常加以允许,只是对迟延责任者课以罚款等。那么,第三人参加二审时受到的限制必须与其支持一方当事人的失权同步,才能实现程序平衡。例如,法院已经通知,第三人却未参加一审诉讼,二审中提出新证据可以允许但同时予以罚款。涉及其他攻击防御方法如事实主张之失权、自认之约束力等问题,第三人的限制亦应当与当事人失权同步规制。尤其是,当事人不得通谋虚假自认损害辅助参加人之利益,真实义务及法官心证原则不可或缺。^[93]

五、结 语

第三人于二审参加诉讼时,一审的审理成果不应当因发回重审而浪费。未来可采纳大陆法系的

[85] Vgl. BGH, 30.09.1997 — X ZR 85/94.

[86] 见前注[34],松本博之=上野泰男书,第703页。

[87] 见前注[14],伊東俊明文,第31页。

[88] Vgl. Bork, aao(Fn.30), § 69 Rn.8.

[89] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 69 Rn.12-13; Dressler, aao(Fn.78), § 69 Rn.9.

[90] 见前注[42],张卫平文,第82页。

[91] Vgl. Schultes, aao(Fn.26), § 69 Rn.9.

[92] Vgl. Braun/Heiß, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 578 Rn.38-40; Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 578 Rn.16.

[93] 参见廖浩:《自认证据化:表征、法理辨正与矫正路径》,载《南大法学》2021年第2期,第68页。

继续审理原则。有独立请求权第三人提出参加诉讼,可以由一审法院专属管辖。本诉二审可以中止审理,等待参加之诉的确定或者上诉,以避免矛盾裁判。无独立请求权第三人申请辅助参加,其应尊重二审审理状态并受到诉讼行为限制,如果其被提起后诉,可以通过“实施瑕疵之抗辩”方式获得救济。

建议修正《民诉法解释》第81条为:“第一审程序中未申请参加诉讼的第三人,申请参加第二审程序的,人民法院应当准许。与本案有关的诉讼请求应当向第一审人民法院提起,向第二审人民法院提起的,裁定移送第一审人民法院。第二审人民法院可以裁定中止审理,但直接裁判不影响另案审理的除外。无独立请求权第三人应当向第二审人民法院申请参加,且只能实施被参加一方当事人被第二审人民法院允许行使的主张、举证等行为。受判决效力直接作用的无独立请求权第三人,可以实施与被参加一方当事人不同的诉讼行为。”并于《证据规定》第10条为后诉排除预决效力增设一款例外:“无独立请求权第三人能够证明其个人无过错,诉讼权利因被参加一方当事人的行为或过错受到限制,或参加时已经无法充分举证辩论,并影响判决结果的,不适用免除证明必要的前款规定。”

Abstract Judicial Interpretations of Supreme People's Court permit third party to participate in the second instance, however, in order to ensure the right of judicial instance and unity of judicial decision, when the court mediation fails, all cases are meant to be remitted for retrial, these Judicial Interpretations have severely neglected the efficiency and stability of the procedure. The Court tried to compromise the model of Soviet law and the civil law, but misunderstood their key designs: Under the Soviet Union's civil procedure law, although the cases should be retried after participation of a third party, participation will be denied after the first instance. Civil law system generally permit participation until the end of the procedure, but the trial will be continued without a remit. Current legislation does not deny participation in the second instance, China should abandon the remit and retrial mode, and adopt the trial-continuation mode. Independent Intervention Litigation shall be tried under the exclusive jurisdiction of the first instance court or transferred to it by the second instance. Main claim litigation at the second instance could be suspended until the Intervention Litigation has been determined, or combined with the Intervention Litigation when it finally arrived at the second instance. A third party with no independent claim will generally be restricted by the litigation status of the party assisted. When the third party is subject to the expansion of Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, or Gestaltungswirkung, however, he/she can still carry out different litigation acts against the assisted party's will. This third party in the subsequent litigation may, based on the defects of litigation implementation, apply for exclusion of participation effect or pre-judgment effect, and restore the general burden distribution of claim and proof.

Keywords Third Party With Independent Claim, Third Party With No Independent Claim, Intervention Litigation, Remit

(责任编辑:赵秀举)