

民事诉讼另案处理的标准澄清 与程序完善

马家曦*

摘要 另案处理的正当性在于,法官为了避免合并审理产生明显的诉讼迟延而行使分割案件的诉讼指挥权。而司法实践中,另案处理已成为法官告知当事人另行起诉、拒绝裁判的理由,严重危及诉讼经济与程序安定,其原因则为适用标准与程序保障的缺失。通过区分诉讼要件、合并要件与诉讼迟延风险的裁量三项内容可以进一步界定另案处理的适用标准:只要未违反诉讼要件,违反合并要件应当强制分案,存在明显的诉讼迟延风险需要裁量分案。未来还应当明确分案裁定的具体程序,或允许法官通过先行判决程序变通实现分案目标。分案之后,案件原则上应当由该案审判组织继续审理。

关键词 合并审理 另案处理 诉讼指挥 驳回起诉

一、问题的提出

在民事诉讼法学中,有关是否合并审理的标准讨论经久不衰,学者亦多将目光聚焦在其诉讼请求形态及诉讼类型之上,如必要共同诉讼、类似共同诉讼等问题向来不乏研究。然而,不合并审理的程序安排却被相对忽视了。作为合并审理的对立面,法官在个案中一旦认为不宜合并审理,又将如何裁判?通过考察裁判文书中被法院认为不宜合并审理的情形,可以发现另案处理已经成为当前的通行做法,作者在裁判文书网上以该关键词搜索民事裁判文书,共计有十余万份之多。因此,不合并审理可以进一步转化为何谓另案处理的追问。

* 西南政法大学比较民事诉讼法研究中心研究员。本文系国家社科基金重大项目“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。

令人不安的是,与大陆法系允许法官在不宜合并的情形下分案审理的通行做法不同,当前司法实践中的所谓另案处理其实就是法院告知当事人另行起诉,本案中不作出实体裁判。而且,如此广泛的使用另案处理正说明其使用情形过于杂芜,尤其是还涉及本案中不处理被告的抗辩,例如对被告提出的存在质量问题的抗辩,法院也认为本案不应当合并审理而不加审理;^{〔1〕}或者以另案处理或没有提出反诉为由推诿审理被告提出的抵销抗辩。^{〔2〕}为了明确讨论对象,下文将主要就当事人提出的起诉或诉讼请求为展开分析。惟针对实务中可以另案处理不审理抗辩的现状,就法官能否以之为由不审查抗辩事由,^{〔3〕}亦须加以探究。由于其在学理上并没有得到真正的重视,相关研究尚未展开,语境和内涵不甚明确。

对所谓另案处理的认识终究还是要落实到“本案”如何处理上来,毕竟当事人是向审理法院提出多项诉讼请求,那么,无论合并审理与否,都应当由法院在程序上回应当事人已经提出的申请或请求。无诉无判这一基本原则本身值得坚持,而其“硬币的另一面”应当是另一项重要原则——“法官不得拒绝裁判”。反之,如果认为另案处理就是审理本案的法院驳回起诉甚至不予任何处理,只要告知其另行起诉即可,那么当事人的程序处分与诉讼请求必将落空,其实质上相当于拒绝裁判。而实务中很多法院正是在后者的意义上来把握另案处理,这严重损害了当事人的诉权,破坏程序平衡,却被司法机关践行多年甚至奉为圭臬,不容不加商榷。什么是正确的另案处理,则是本文的主旨所在。

二、另案处理的正当性及实践反思

另案处理的正当性在于防止强行合并导致诉讼迟延,但在我国实务中,法院在认为不宜合并审理时,经常一概采取驳回全部或者部分起诉、不予受理、不予审理等方式拒绝作出裁判,其做法值得反思。

(一)另案处理的程序正当性

首先,另案处理的功能为通过分案防止审理迟延。在刑事诉讼中,另案处理原本指对于共同犯罪或者牵连性犯罪采取分割处理,先对事实清楚、已经在案的被告人追诉,而对其他被告人另案处理,避免久审不决。^{〔4〕}在民事诉讼的语境内,另案处理原本也应体现为,法官为防止案件整体陷入诉讼迟延而采取分案的措施。当前民事诉讼实务与学界主要集中讨论合并审

〔1〕 参见青岛首尔大酒店有限公司诉林峰建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民再113号。

〔2〕 参见刘哲玮:“论诉讼抵销在中国法上的实现路径”,《现代法学》2019年第1期,第151页。

〔3〕 值得商榷的例如,最高人民法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发〔2009〕19号)第5条规定“当事人提出金融不良债权转让合同无效主张的,人民法院应当告知当事人另案起诉”,可是,合同无效主张显然是借款返还请求权的抗辩事由。

〔4〕 参见苏海地:“‘另案处理’之风不可长”,《人民司法》1982年第12期,第18页。

理,却忽视了另案处理的正面价值和程序设计。未来不仅需要明确,滥用另案处理会造成合并审理的立法目标落空,导致无法一次性解决纠纷;〔5〕同时也要认识到,并非所有的合并均有利于实现解纷,片面追求集中审理可能造成审理内容上的过分膨胀。

其次,另案处理本质上属于法官在程序进行上的诉讼指挥权。所谓诉讼指挥权,是指法官应当负责程序的进行过程,即“程序形成的权限”,〔6〕除合并审理之外,当然也包括以诉讼促进与加快为目标,对于不宜合并审理的案件进行分割的措施。〔7〕法官应当有程序进行上的裁量权。〔8〕我国民事审理的核心内容可以概括为口头辩论与证据调查两个部分,为了有效推进审理,法官采取的合并、分离、限制审理内容的处分均属于以妥适的诉讼程序形态为目标的形式诉讼指挥权;而通过阐明、发问、指出等手段实现事实解明、充分辩论,则属于实质的诉讼指挥权。然而,作为形式的诉讼指挥权事项,分案仍然将对实质的诉讼指挥产生影响,〔9〕因此不可或缺。

综上,另案处理应当是法官为了加快审理对不宜合并的案件进行分割的诉讼指挥权,大陆法系一般以裁定分案的方式作出,其性质上属于中间性的程序裁定。

(二)另案处理在司法实践中的异化形态

然而,在当前实践中,另案处理并未体现为法官积极行使诉讼指挥权进行分案,而是普遍异化成为通过释明告知当事人“另行起诉”,并与驳回起诉、不予审理相结合。相比之下,刑事诉讼中的另案处理尚以其他被告人在国家追诉或者审理之中为前提。〔10〕即便如此,其也曾造成“另案轻理、另案不理、以另案规避本案诉讼活动、以另案虚假增加办案数量”等诸多弊端,〔11〕因此刑事诉讼学界和实务始终未放弃对其加以完善。〔12〕可是,民事诉讼中的告知另行起诉却造成法官可以心安理得地拒绝实体审理,显然是对该制度的严重误读与滥用,扭曲了另案处理的正当功能。

〔5〕 参见王杏飞:“对我国民事审判关系的再思考”,《中国法学》2019年第2期,第291页。

〔6〕 Vgl. BGH NJW 2011, 1072 (1072-1076).

〔7〕 Vgl. Stefan Schmidt, in: Wicczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd.2., 3. Aufl., 2006, S. 298.; Johanna Hennighausen, Das Gebot der Unabhängigkeit bei Erlass eines Teilurteils, 1. Aufl., 2021, S. 204.

〔8〕 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200页。

〔9〕 Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, S. 411.

〔10〕 例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第331条第3款规定:“对其他被告人的庭审继续进行”,第314条第2款规定:“对中止审理的部分被告人,可以根据案件情况另案处理”,并不等于法院可以不再审理这些被告人或者“释明”检察机关撤回公诉,而是法官根据实际案情分割案件。

〔11〕 胡之芳:“刑事案件另案处理概念及其适用范围再议——以《关于规范刑事案件‘另案处理’适用的指导意见》为参照”,《法学杂志》2016年第9期,第103页。

〔12〕 参见《最高人民法院关于进一步加强对诉讼活动法律监督工作的意见》,高检发〔2009〕30号;最高人民检察院、公安部《关于规范刑事案件“另案处理”适用的指导意见》,高检会〔2014〕1号。

1. 驳回起诉、不予受理并释明另案处理

其一,法院以受理单项诉讼请求或起诉欠缺管辖权为由驳回起诉。如法院认为不宜合并审理,而且单项诉讼请求的标的拆分后低于级别管辖立案标准,将导致原告的全部合并起诉因不符合当前关于级别管辖的规定而被驳回;〔13〕例如,原告基于两份借款协议提起诉讼,法院认为普通共同诉讼不应合并审理,原告拒不按释明的方式分别向有管辖权法院起诉,被驳回起诉。〔14〕但按照现行民事诉讼法规定,这种情形应当裁定不予受理并移送下级法院受理,〔15〕显然径直适用驳回起诉仍值得商榷。有的法院以原告增加的诉讼请求违反专属管辖,因此在不宜合并审理的情况下,裁定移送有管辖权的其他法院,〔16〕则更恰当。

其二,法院以不宜合并审理为由,裁定驳回起诉、不予受理反诉等。如当事人不同意合并审理普通共同诉讼;〔17〕或者虽然各个法律关系存在一定事实上的关联,但诉讼标的并非共同或同一种类、法律关系性质不同乃至并非基于同一事实,法院释明所提诉讼请求不宜合并起诉,建议分开诉讼,但原告没有申请撤诉,二审认为经释明后裁定驳回起诉并未侵害诉权。〔18〕主观合并起诉的情形如,二名原告共同向一审法院起诉,但法院认为“诉讼标的具有同一性,不属于必要的共同诉讼,应当分案处理”,以诉不合法驳回起诉。〔19〕再如,原告主张公司盈余分配、股东支付股权转让款两项请求,一审法院认为原告关于公司盈余分配的主张不能成立,不应当合并审理,故裁定驳回起诉。〔20〕可是,主张不能成立显属本案判决内容,而非受理要件,能否以此为由裁定驳回存在疑问。此外,原告在辩论终结前申请变更、增加诉讼请求,但法院认为其实质上构成数个诉讼请求合并且不宜合并审理,而口头裁定驳回其变更申请。〔21〕

〔13〕 参见陈照荣诉陈欢股权转让纠纷案,浙江省高级人民法院民事裁定书,(2019)浙民终1797号。

〔14〕 参见李沈生与辽宁吴宇房地产开发有限公司等民间借贷纠纷上诉案,最高人民法院民事裁定书,(2016)最高法民终198号。

〔15〕 参见段文波:“我国民事管辖审查程序的反思与修正”,《中国法学》2019年第4期,第202页。

〔16〕 参见萍乡市宏基化工设备制造有限公司诉七台河乾丰能源股份有限公司合同纠纷案,江西省高级人民法院民事裁定书,(2019)赣民辖终70号。

〔17〕 参见中国建设银行股份有限公司介休支行诉山西茂胜煤化集团有限公司金融借款合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2020)最高法民终198号。

〔18〕 参见甘肃华远实业有限公司等与兰州银行股份有限公司庆阳分行等金融借款合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民终77号。

〔19〕 参见王彩珍、王雪英诉杭州市房地产开发实业有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案,浙江省高级人民法院民事裁定书,(2019)浙民申4554号。

〔20〕 参见山东汉诺集团有限公司与山西寿阳段王集团平安煤业有限公司、山西寿阳段王煤业集团公司等股权转让合同纠纷案,山西省高级人民法院(2012)晋商初字第8号民事裁定书、最高人民法院(2014)民二终字第74号民事裁定书。

〔21〕 参见荣成林鑫水产有限公司诉杨广河海洋开发利用纠纷案,山东省高级人民法院民事判决书,(2019)鲁民终2390号。

以及法院根据《民诉法解释》第 233 条规定裁定不予受理其认为无关联之被告反诉。^{〔22〕}

2. 不予审理并释明另案处理

更普遍的情形是,法院根本连驳回起诉或者不予受理的裁定都不作出,只是在判决理由中释明已经决定从事实上“不予审理”该项诉讼请求,告知当事人可另行主张。^{〔23〕}

其一,法院不予审理数项诉讼请求之一项。例如,原告依据签订的《还款协议书》提起本案诉讼,向被告主张拖欠的工程款和借款,但原告告知其可以就工程款另案起诉,亦未裁定驳回工程款之起诉或者诉讼请求。原告认为二审法院未依法对拖欠工程款的事实作出认定,却要求其依据建设工程施工合同关系另案主张权利,属于违法。而再审审查法院认为,本案包括建设工程施工合同法律关系和民间借贷法律关系两个法律关系,故不应合并审理,现原审法院已就民间借贷关系作出判决,并赋予了原告“可就建设工程施工合同法律关系另行提起诉讼的权利”,因此对针对建设工程施工合同法律关系提起的再审理由不再审查。^{〔24〕}

其二,法院不予审理增加的诉讼请求。例如,原告起诉请求确认房屋归其所有,又在一审中追加诉讼请求,主张撤销名义登记人之买卖合同,但一审法院认为这两项诉讼请求并非同一法律关系,“不应当合并审理”而要求另案处理,二审法院维持了一审判决。^{〔25〕}值得商榷之处不仅是,按照最高人民法院的观点,“新增加的诉讼请求能否与原诉讼请求合并审理,关键在于原告新增加的诉讼请求与原诉讼请求是否具有关联性以及该诉讼请求是否在法庭辩论终结前提出”,^{〔26〕}而显然确认所有权与撤销无权处分行为具有关联性,并非不宜合并审理;而且,对增加诉讼请求即便不准予,也不应当连裁定也没有,只是释明“另行处理”仍难谓合理。

其三,法院不予审理被告提出的反诉,同时,法院仅告知其另案起诉,没有根据《民诉法解释》第 233 条做出不予受理的裁定。如原告与被告关于侵害实用新型专利权纠纷一案,原告起诉请求为判令被告停止生产、销售、许诺销售侵犯涉案专利权的产品、赔偿损失等。在审理过程中,被告提出要求合并审理其针对原告提起的恶意诉讼损害赔偿请求,一审法院认为,“恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷虽与本案的处理结果有一定的联系,但两者并不属于人民法

〔22〕 作者在裁判文书网上共检索到引用司法解释“事实、理由无关联的,裁定不予受理,告知另行起诉”的文书 859 篇。如参见中能滨海电力燃料天津有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民终 1766 号。

〔23〕 参见温泉县新光矿业有限责任公司诉温泉顺凯达矿业有限责任公司与陈建明探矿权转让合同纠纷案,新疆维吾尔自治区高级人民法院民事判决书,(2019)新民终 433 号。

〔24〕 参见黄生平诉增城市松田实业有限公司合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2017)最高法民申 1847 号。

〔25〕 参见于莉诉蔡云辉所有权确认纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖 01 民终 4940 号民事判决书、安徽省高级人民法院(2019)皖民申 2345 号民事裁定书。

〔26〕 参见敦煌市西部矿业发展有限责任公司诉敦煌市钼业发展有限责任公司侵权责任纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2018)最高法民再 11 号。

院应当合并审理的情形,被告可另案起诉”。〔27〕

3. 裁定不予合并审理并释明另案处理

法院裁定不予合并审理,但这种裁判方式没有被最高人民法院支持。如在一件招标投标买卖合同纠纷案件审理过程中,二被告分别以口头和书面提出反诉请求,被重庆市高院裁定“不予合并审理”并告知另行起诉。最高人民法院二审表示这种裁判方式是错误的:“一审法院对此应予裁定不予受理而裁定不予合并审理确属不当”,但由于该反诉请求“不符合法定诉和反诉的要件,一审法院裁定不予受理和不予合并审理的客观后果一致,且上述两公司对于相关权益可以另案起诉主张,对其权利并未构成实质性影响,故此问题不足以影响二审法院对本案的实体审理”。〔28〕

4. 已经完成审理又告知另案处理

另案处理还成为案件已经届“裁判时机成熟”时点,却故意回避实体判决的理由。例如,原告向被告主张工程款,被告又反诉主张原告应当返还多支付款项的不当得利,经过一、二审审理,最终却因为反诉原告不能充分举证,被二审法院判决其应当“另诉主张”,〔29〕这一裁判与前文中的“公司盈余分配的主张不能成立”时驳回起诉的逻辑具有相似性。可是,如果已经进行了一、二审的实体审理,却在最后时刻即开庭审理终结后才决定不对反诉请求权进行实体裁判,难谓恰当:是否合并审理应视诉讼资料共通程度是否有利于诉讼经济,即便该反诉确实关联性较弱,但该案已经过一、二审,合并审理已经在客观上完成了。法官此时直接释明“另诉主张”等同于没有实体判决,也没有程序裁定,即实质上受理了反诉但没有行使审判权。

(三) 当前另案处理方式的弊端

我国实务普遍认为,只要释明当事人可以另诉主张,即便(裁定)驳回起诉、不予受理也已经充分保护了其“选择权”与“权利”,但由于其直接影响当事人的诉权,在程序上具有非常严重的“拒绝裁判”性质,如果不加以合理界定,将冲击立法关于诉讼要件的设定,引起诉讼迟延和恣意裁判。

1. 损害当事人司法保护请求权

在实务中,法官经常通过释明劝说原告撤回某一项起诉内容,而在其拒绝撤回起诉时直接将起诉驳回,留待其自行决定是否再次起诉。可能有观点认为,这种裁判方式并不会实质损害原告的诉权,而该理由亦往往让法官在驳回起诉时更加心安理得,自认为没有剥夺当事人的程序保障。但这种理解并不恰当,驳回起诉或者劝其撤诉只是没有从根本上取消或者否定原告

〔27〕 参见厦门正电子科技有限公司诉乐金电子(天津)电器有限公司侵害实用新型专利权纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法知民终366号。

〔28〕 参见中国铝业股份有限公司重庆分公司诉中国铝业股份有限公司招标投标买卖合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2017)最高法民终722号。

〔29〕 参见沈阳北方建设股份有限公司诉沈阳美景环境艺术工程有限公司建设工程施工合同纠纷案,辽宁省高级人民法院(2016)辽民终565号民事判决书、最高人民法院(2018)最高法民申2508号民事裁定书。

另诉的抽象的可能性,并不能认为丝毫没有剥夺诉权。国家裁判机关在其正在处理的案件中对权利人司法保护的回应才是对司法保护请求权的实质。如果在具体案件中驳回起诉或者不予受理,前提应当是原告的起诉违反诉讼要件,而“不适宜合并审理”显然不能与诉不合法直接等同。如果按照前述错误逻辑认为告知只要另诉就“没有剥夺诉权”,那么法院就可以随意驳回任何一项起诉,因为司法解释允许原告就裁定不予受理、驳回起诉的案件再次起诉。^{〔30〕}惟此无法掩饰法院没有给予当事人审判的实质。

2.对当事人并非没有实质影响

除另行起诉给当事人造成讼累外,本案中诉讼时效能否中断,亦须予讨论。原则上起诉只要满足形式要件,即发生形式系属之效果,待起诉状送达对方当事人时,即便因违反诉讼要件,亦不影响合法之诉讼系属及中止时效。^{〔31〕}但实务不经裁定而驳回或者不予受理,往往是根据诉讼中提出的“申请”还算不上是一种起诉的认识。因此,仅仅是告知当事人可以另诉而在事实上“不予审理”的情形,例如不允许增加诉讼请求、反诉、参加之诉,由于在当事人在向法院主张之际就被阻之门外,^{〔32〕}究竟是否能够中断时效的疑义将为当事人留下隐患。

其次,如果原告曾经申请诉前保全,申请人的起诉或者诉讼请求被生效裁判驳回的,起诉被不予受理的,人民法院应当作出解除保全裁定,仍然会对原告造成不利的影响。^{〔33〕}可能有观点会认为,可以在实务中采取变通方式,即在解除保全裁定的同时,原告又同时向法院申请诉前财产保全并另行起诉,这样可以确保程序的无缝衔接,但这无疑系由原告负担相关风险,操作起来未必简单:例如,原告是否要重新提供其他担保物?如果没有其他财产可以提供,法院是否要先解除对原告担保物的查封,然后再次查封?如是,显然会造成程序反复浪费。且实践中案情复杂多样,时效、保全一旦没有无缝衔接,对原告的影响是巨大的。

3.导致诉讼审理的浪费与迟延

以驳回其起诉为威慑力劝服原告撤诉后再起诉,将徒增程序周转的负担,且如果是在审理的较后阶段甚至是判决中释明“可另行起诉”,法院和当事人已付出的诉讼成本将被严重浪费。而且,对不予受理、驳回起诉的裁定,当事人还可以上诉。如前文原告主张公司盈余分配一案,一审法院裁定驳回起诉,二审法院即最高人民法院则认为该案应当受理,又撤销一审裁定并指令受理。法院原本是基于诉讼请求之间缺乏事实和法律上的关联性,审理内容没有交集,因此判断合并审理不仅不能节省诉讼成本,还会导致审理的延迟。然而,以裁定驳回起诉的方式虽然解决了不合并审理的问题,还会引发进一步的上诉程序,难以达到其目的。或许,法官正是

〔30〕 参见《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》第212条。

〔31〕 参见曹志勋:“起诉中断诉讼时效规则的理论展开”,《当代法学》2014年第6期,第117页;Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., 2010, § 261 Rdn. 2.

〔32〕 如果当事人系当庭提出反诉、参加之诉、增加诉讼请求,应当视为已经向债务人进行主张而中断时效。

〔33〕 参见《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》第166条。

意识到了这一点,才普遍对裁定采取消极态度,并试图在裁判理由中以“不予审理”含混过去,但其实质上仍然只是驳回起诉,只不过还进一步剥夺了原告对此的上诉权。即便如此,如果一审事实上的“不予审理”错误仍可能构成“遗漏诉讼请求”。故实务中有的法院进一步采取变通做法,即让当事人放弃审级保障,直接由二审认定,造成事实上的一审终审。例如,原告在一审中当庭主张著作权以及被告的行为构成侵权,一审法院以“案由不符”不予审理,二审中当事人均同意在上诉程序中审理该诉请,故二审法院予以纠正并一并裁判。^[34]只是,遗漏诉讼请求本应当发回重审,而事实上的一审终审是否于法有据?当事人是否可以放弃我国关于审级的规定?对此仍不无疑问。

4. 选择驳回欠缺法理、流于恣意

如果当事人合并提出了复数的请求权,法院到底应当驳回或者不予受理原告就哪一项诉讼请求的起诉?虽然当前实务中,普遍的做法是,当事人一般会迫于法院的“释明”压力作出选择而撤回某一项或者数项起诉,此时毋庸置疑。问题在于,原告拒绝撤回任何一项起诉的,法院是全部驳回起诉,还是部分驳回起诉,必须有其明确的裁判根据,不能过于随意。如果复数诉讼请求之间有系属于法院的时间顺序的,实务中通常按照主张时间先后的标准,即驳回在诉讼系属中申请合并的新的请求、新的起诉,例如反诉和参加之诉,尚可谓有一定标准。但如果原告是一并起诉数个诉讼请求的,则完全没有时间顺序之标准可供参照,任意选择裁定驳回或不予审理部分起诉或请求将沦为随机性的恣意裁判,而实务中不区分情况全部驳回则有打击面过广的弊端。

三、另案处理滥用的成因分析

当前实务在需要另案处理时一概(裁定)驳回起诉或(不经裁定)不予审理,原因在于分案标准以及分案裁定程序的缺失,造成实务混淆诉讼要件与程序进行事项,突破法官诉讼指挥权的本质属性及内在限制。

(一)另案处理的适用标准缺失

实务长期以来欠缺对程序要件的类型化区分,导致“诉不合法”的适用范围过分膨胀。就当前不能合并审理的情形而言,至少包含三种语境:第一类为,法官根据具体案情判断“不适合合并审理”,属于法官的裁量权;第二类为,不符合立法关于合并的特殊要件即“合并要件”,此类要件违反仅造成合并本身不合法,而非诉不合法;第三类为,起诉(包括反诉、参加之诉等)违反一般的诉讼要件。但在当前实务中,前两种情形均被违反诉讼要件的裁定驳回、不予受理吸收。

^[34] 参见上海哔哩哔哩科技有限公司诉上海校妆科技有限公司、阿里云计算有限公司等侵害计算机软件著作权纠纷案,浙江省高级人民法院民事判决书,(2019)浙民终242号。

一是裁量情形与诉讼要件相混淆。除非法律明文禁止合并或者强制合并，^[35]乃至性质上不当分案审理，例如必要共同诉讼或者其他必须合一确定情形，究竟适用合并审理还是另案处理属于法官的诉讼指挥权。^[36]一如前述，另案处理是根据“适时审判”要求，排除难以实现集中审理的合并情形。法官需要具体判断在一个程序中合并言词辩论与证据调查是否可以更好的整理资料，从而避免重复司法工作、减轻当事人讼累；或者正好相反，合并审理不仅不能减轻法官或当事人的负担，反而会因过于复杂的审理内容产生诉讼迟延，^[37]导致案件久拖不决。由于实务案件千差万别，这一取舍只能由法官具体裁量、判断，但只能限于介乎“应当合并”与“禁止合并”之间的地带。同理，法官依职权裁定将不同的诉讼合并审理，嗣后认为需要分案时，可以根据其诉讼指挥权撤销此前的合并裁定。^[38]反观我国实务，大量关于只要不属于必要共同诉讼、同一法律关系，^[39]或者不符合《民事诉讼法》第 52 条规定的共同诉讼标的或同种诉讼请求的情形，就强行要求当事人另行起诉，否则部分甚至全部裁定驳回、不予受理诉讼请求的裁判，明显混淆了裁量事项与诉讼驳回。

二是合并要件与诉讼要件相混淆。合并要件是关于合并起诉的法定特别要件，违反的法律效果只是不能合并。^[40]如客观合并中当事人不相同、^[41]程序种类不相同、存在法律禁止合并之情形，以及反诉中的与本诉没有关联。^[42]大陆法系通说认为此时法官应当依职权分割案件，在程序进行上不合并审理、不合并裁判，即多个独立的诉讼程序不合并或者分案审理，同时表现为多个独立的卷宗，之后将分别继续辩论直至作出实体裁判。一般的诉讼要件则包括管辖权（含协议管辖、应诉管辖）、法院主管、诉之利益、诉讼能力、当事人适格等，特别的诉讼要件如反诉必须在辩论终结前提出。^[43]如果欠缺，不仅不能合并审理，也不能分案审理，而必须驳回起诉或者移送。诉讼要件是合并审理或另案处理的前提，而非相反。不符合诉讼要件，必然不能合并审理，同时也不能分案审理，因为诉不合法；但不合并审理，则未必诉不合法或没有管辖权和诉讼系属。案件的管辖权、诉讼系属具有相对的独立性，如管辖权作为诉讼要件在起诉时点成立即可，不受基础事由变化的影响，^[44]即“管辖恒定原则”，^[45]而诉讼系属还

[35] 例如《德国家事法》第 126 条规定：“婚姻事件与其他程序合并不合法。”

[36] 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 362—363 页。

[37] 兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂，2011 年），第 928 页参照。

[38] Vgl. Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 150 Rdn. 1.

[39] 如参见金迪国际投资有限公司诉昆明国际花卉拍卖交易中心有限公司合同纠纷案，最高人民法院民事判决书，（2019）最高法民终 602 号。

[40] 参见伊藤真，见前注[8]，第 418 页。

[41] 如果只是当事人不同，还可能构成主观合并，则应当按照主观合并进行审查。

[42] Vgl. Stadler, a.a.O. (Fn. 38), § 145 Rdn. 2.

[43] Vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1085 (1085); BGH NJW 2000, 2512 (2512—2513).

[44] 参见新堂幸司，见前注[36]，第 363 页。

[45] 参见占善刚：“略论民事诉讼中的管辖恒定原则”，《法学评论》2001 年第 6 期，第 126—128 页。

取决于起诉和送达本身是否正确。因此,在诉讼管辖原本就正确并合法系属于审理法院之后,即便事后裁量或者因不符合合并要件(如反诉没有关联性)^[46]而分案审理的情形,审理法院于此仍然可以有管辖权以及相应的审判责任。但在我国实务中,合并要件与诉讼要件的差别被抹平了。

总之,另案处理并不能等同于裁定驳回起诉,只要诉讼请求被法院合法受理,没有诉讼要件的瑕疵,不能仅仅根据不宜合并审理驳回起诉或者不予审理。如果法律没有强制规定或合一确定必要,当事人已经合并起诉的可以分案,已经分别起诉的也可以合并,但无论是合并还是分案,均只是程序进行事项,法官并非就此取得了拒绝审理的权力。而且,原告一并主张复数请求或者增加诉讼请求,被告、第三人在审理过程中书面提出反诉、参加诉讼通常具有双重意涵,其既是起诉行为,又是对合并审理的申请,即便合并审理申请不被采纳,起诉行为本身仍然可能有效或进行“转义”。因此,法官的诉讼指挥权只能裁量判断当事人其中有关合并审理的申请,不具有拒绝裁判意义上驳回当事人起诉行为的裁量权。如果允许法官裁量审理哪些诉讼请求,无视哪些诉讼请求,将直接导致有关起诉或者诉讼要件体系的崩溃瓦解,提高任意侵害当事人诉权的恣意风险。

(二)另案处理的程序及保障欠缺

本轮司法改革提出“审理者裁判”“裁判者负责”的理念,但其深入落实尚需要较长过程。当前,这一原则还只触及法官的实体裁判权,未充分覆盖程序性裁判权。尤其是本文所讨论的程序进行之诉讼指挥权上,法官受到很大限制。

1.法官的分案裁定程序缺失

现行民事诉讼法及司法解释并未规定法官可以裁定分案,最高人民法院发布的《民事诉讼文书样式》中也没有分案裁定。这是因为,在民事诉讼被分为立案和审判环节的背景下,承办法官没有独自实现分案审理的有效手段,立案环节的存在剥夺了实体审理法官将部分诉讼请求作为独立案件处理的“分案权”。由此,尽管本轮司法改革的主旨之一为“去行政化”和“司法责任制”,但分案的权力仍非实体审理法官所享有。

当然,法官虽然无法自行设立新的案件,仍有可能避免驳回起诉或不予受理,即通过行政化的内部管理和移送流程,将部分诉讼请求提交院庭长“审批”后,移交立案庭进行登记立案。只是这一做法过于曲折,法官通常不会选择这一处理方式。相较于和当事人协商并劝其撤诉,内部审批和移送立案庭设立新案号给承办法官带来的“障碍”更加明显。从法院工作的历史传统上看,承办法官直接指令立案庭立案也还需要克服立、审循序推进以及内设部门相互配合、相对独立的司法惯例。因此,承办法官与其请求立案庭为分案后的新案件增加“案号”,不如让当事人自己撤诉或者被驳回起诉后再去起诉立案,虽然增加了当事人讼累,至少表面上看似无

[46] Vgl. Toussaint, in: Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, 39. Edition, 2020, § 33 Rdn. 14.

甚区别。^{〔47〕}

2. 法官的诉讼指挥权保障不足

其一，法官裁定分案之际，原本应当为剥离后的案件编制新的案号，形成独立的案件，但现实情况是新增案号的权力在法院内设的立案部门手中，法官无法直接对立案部门指令配合，其诉讼指挥权并不完整。

其二，法官面临巨大的审限监督压力，不予受理、驳回起诉成为纾缓审判压力的通道。我国民事诉讼法规定了审限，但普通程序六个月的固定审限并未考虑诉讼请求的多寡以及案件的复杂程度。司法改革后，人民法院虽然将案件的实体裁判权交给法官，但审理时间作为程序进行的问题，却仍然遵循行政化的审批规律，变更、延长必须经院长审批。^{〔48〕} 尽管其有契合历史传统的一面，但客观上造成法官丧失根据个案实际进行诉讼指挥的权力，而且法官面对巨大的审限和监督考核压力，有可能为了减轻审理负担而牺牲其他程序价值。

其三，由于合并审理的获得与付出比例失衡，法官更倾向于以裁定驳回推卸相对复杂纠纷的审理责任。《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定》明确变更合议庭由院长或者庭长批准，同时须符合“回避或者其他特殊情况，不能继续参加案件审理的”事由。显然，不适宜合并审理并非变更承办人的情形。此时，劝当事人撤诉或告知另行起诉成为更换法官的变通手段，一旦当事人重新起诉，案件回流至原承办法官的概率在随机分案、轮流收案的分案制度下将大大降低。

最终，在前述各项因素的作用之下，法官难免会刻板地认为，原告在一个诉状内主张数个不同诉讼请求、反诉原告提出反诉、第三人参加均是滥用诉权，给案件迅速审理增加困难，不仅倾向于严格把握合并审理的要件，而且以裁定驳回或者拒绝审理的方式，实现不同法官之间的“拆分审理”。^{〔49〕} 反思“合并审理”目的落空的现实与另案处理的误用，抽象的“迅速审判”不值得过分追求，符合个案程序保障和诉讼经济的“适时审判”更加值得肯定，牺牲或放任法官诉讼指挥均不可取，而法官的履职保障确应改进。

四、另案处理适用标准的重新界定

正确的另案处理应当是分案进行辩论和裁判，而非裁定驳回起诉、不予受理等方式。如此不至于为了一并解决关联不大、合并意义不强的案件，导致法官被合并起诉等当事人行为所拘

〔47〕 《诉讼费用交纳办法》第8条规定驳回起诉、不予受理不收取诉讼费用，也给了法官拒绝实体裁判的“正当性理由”。且不论驳回起诉时不收取诉讼费用本身是否正确。驳回起诉后再次起诉仍可能造成费用增加。例如200万元标的额的诉讼受理费是22800元，但分别起诉2次100万元，诉讼受理费为27600元，仍然相差4800元。

〔48〕 参见《最高人民法院关于严格规范民商事案件延长审限和延期开庭问题的规定》，法释〔2018〕9号。

〔49〕 参见刘鹏飞：“普通共同诉讼的权限分配与范围界定”，《法学论坛》2020年第1期，第78页。

束而丧失诉讼指挥的灵活性,造成进一步的诉讼延迟,也不会放任驳回起诉或者不予受理剥夺当事人获得实体裁判的权利。法官可以通过诉讼要件、合并要件、迟延风险这三项最主要的标准把握另案处理的标准。

(一)符合诉讼要件:分案审理的前提

立法上的诉讼要件可以分为关于法院、关于当事人、关于诉讼标的之诉讼要件以及特别诉讼要件。此外,诸如《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第11条有关禁止反诉的规定,亦属于消极性的诉讼要件。无论分案审理或者合并审理,诉讼要件审查应当对各个诉讼请求分别为之,每个诉讼请求均应当具备诉讼要件。全案苟有欠缺,应当全案驳回起诉或者全案移送;如系部分违反,则应当驳回其相应部分的起诉。大陆法系对于部分诉请欠缺诉讼要件一般以部分判决驳回,而我国的裁定驳回起诉或者不予受理则属于程序裁定,驳回部分起诉将构成“程序性的部分裁判”。由于法院合法地裁定驳回已经是一种回应当事人诉请的方式,不宜将其理解为另案处理。

此外,关于强制合并的规定亦可能成为诉讼要件的一种特殊类型。法官行使其分案审理的诉讼指挥权,只能在没有合一确定必要等强制合并要求的前提下为之。如果是必要共同诉讼或者预备合并诉讼,^[50]则不仅分案裁定违法,违法分案后作出的实体判决也是违法的。^[51]此外,司法解释还规定了其他强制合并的情形,例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释(一)》第11条规定,财产分割和子女抚养应当与离婚诉讼一并判决,以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第64条关于买受人的抗辩或者反诉;《民诉法解释》第233条关于反诉基于相同法律关系、相同事实或因果关系;《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第21条关于担保权人作为商品房担保贷款合同纠纷的有独立请求权第三人提出诉讼请求等情形,均不能合法分案。

当然,并非所有的诉讼要件违反均会导致驳回起诉或不予受理,管辖权欠缺时的“移送”可以实现与分案审理相似的功能。德国法上规定为避免驳回浪费程序,法官可以依原告申请视诉讼延迟的危险裁量移送而不驳回起诉,^[52]而我国《民事诉讼法》第36条规定,无论管辖权应当依职权移送。^[53]相较而言,德国法在启动移送上受原告处分的限制,但法官有裁量权且移

[50] 预备请求并非独立的诉讼请求,而是以主请求不能得到支持为限制性要件,故不具有分案的资格。Vgl. BGH NJW 2015, 3174 (3174).当然,原告可以通过诉的变更改变其预备性质,是否允许诉的变更则是另一问题。

[51] 兼子一ほか,前注[37],第928—929页参照。

[52] Vgl. Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 145 Rdn. 13.; Stadler, a.a. O. (Fn. 38), § 145 Rdn. 7.

[53] 参见段文波,见前注[15],第196—197页。

送法院作出的裁判和当事人诉讼行为仍然可以保有其效力,而我国则较强调法官职权,^[54]对其裁量权有所忽视。还应当指出,并非所有的诉讼请求均可以移送,如关于预备合并,一旦主请求无管辖权,应当连同备位请求直接全案驳回或移送,但如果是主请求有管辖权,备位请求无管辖权,只能驳回备位部分之起诉。^[55]

尽管其功能有相似之处,移送与分案不同之处在于:管辖权是分案审理的前提,而欠缺管辖权则是移送的前提。例如,反诉请求既可以通过“关联性”依附于本诉而获得特别管辖权,也可以适用一般管辖规定,故如果法院仅认为其无关联性而裁定分案审理,否定特别管辖权并不影响其一般管辖权。^[56]但是,如果反诉同时也没有其他的管辖基础包括协议管辖、放弃责问的应诉管辖,乃至违反专属管辖,仍会导致诉不合法。^[57]此时就不应当分案,而是裁定驳回或者移送。此外,级别管辖由标的额决定,分案前还可以由中高级法院受理的案件,分案后就可能低于该受理标准。对此,德国通说认为,如果起诉时合法且总标的额达到州法院受理标准,即便嗣后裁定分案审理,个案标的较低并不影响管辖权。^[58]考虑到实务中管辖权争议经常导致诉讼迟延,为了避免当事人滥用合并起诉达到规避管辖规定的目的,我国也应当明确只限于本身符合合并要件的起诉,才能够不考虑分割后单项起诉标的的数额问题,而继续由中级以上人民法院管辖。

(二)违反合并要件:强制分案的前提

如果违反立法或司法解释明确规定的合并要件,法官应当依职权分案,其裁量受到约束。但某些要件究竟属于诉讼要件还是单纯的合并要件,还需要进一步明确。从保障诉权的角度出发,立法没有明确规定造成性质存疑之时,原则上应当尽量作为合并要件加以解释,进一步的结论当取决于当事人提起的诉讼请求究竟是一种国家不应受理的不合法滥诉行为,还是只是单纯造成审理内容的不当膨胀。举例说明:

1.反诉或参加之诉与本诉欠缺关联性

如果反诉或第三人参加之诉与本诉欠缺关联性,合并只能造成审理内容的无益膨大,此时应当驳回起诉抑或只是不予合并审理?《民诉法解释》第233条第3款规定了其与本诉诉讼请求所依据的事实、理由无关联的,应当裁定不予受理,告知另行起诉,这就相当于将关联性作为诉讼要件并与大陆法系通行观点相龃龉:日本法早年判例所持的“驳回说”认为,反诉的关联性

[54] 参见段文波,见前注[15],第199—201页。

[55] Vgl. Saenger, Zivilprozessordnung, ZPO, 8. Aufl., 2019, § 260 Rdn. 25.

[56] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 9), S. 529.

[57] 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205页。

[58] Vgl. Fritsche, a.a.O. (Fn. 52), § 145 Rdn. 13.

既是合并要件,也是其诉讼要件,没有关联的反诉应当以诉不合法予以驳回;〔59〕但如今多数观点即“分案审理说”则认为,关联性仍然只是合并要件,而非诉讼要件,因此不适用因诉不合法驳回起诉。〔60〕原则上,如果反诉请求与本诉请求之间不存在关联性,实际上提出了全新的诉讼资料导致诉讼程序的无谓复杂化。〔61〕但以上争论在德国法上同样存在,区别在于如何看待法律关联性与事实关联性。〔62〕多数观点与前述日本第二种观点接近,认为法律关联性与事实关联性内容一致,属于合并要件,而判例观点则认为事实关联性欠缺属于违反诉讼要件,法律关联性欠缺才是分案审理的原因。〔63〕根据诉讼要件与合并要件所要保护法益的差异,结合诉讼经济原则,以及我国实务中难以实质区分事实与法律关联性的现实考量,第二种观点更值得赞同。

参加之诉如与本诉没有紧密联系或者合一确定必要,只是不属于强制合并审理的情况。〔64〕《民事诉讼法解释》第232条规定,第三人提出与本案有关的诉讼请求,人民法院应当合并审理,那么,如果将其解释为强制合并要件,欠缺关联亦只是不属于必须合并审理的情况;如果将其解释为合并要件,也只是分案审理,而不能成为驳回第三人起诉的理由。毕竟第三人申请参加原本就应当解释为独立的起诉,既可以与本诉合并审理,当然也能够分案审理。〔65〕

2. 普通共同诉讼当事人不同意合并

按照我国现行《民事诉讼法》第52条的规定,合并审理普通共同诉讼必须经当事人同意。如何理解同意的法律效果?最高人民法院曾经以当事人明确反对合并审理为由,支持驳回起诉的一审裁定。〔66〕而本文认为,其充其量也只能解释为合并要件。如果当事人不能就合并审理达成一致,分别起诉的案件只是自始不予合并,如果是在起诉时一并提交法院的,法官应当裁定分案审理,此时也不应当视为违反诉讼要件而驳回。更何

〔59〕 (日)守井静雄:“併合要件を欠く反訴の取扱”,《続民事訴訟法判例百選》,別冊ジュリスト36号(1972年),第102—104页;(日)福永有利:“併合要件を欠く反訴に対する裁判”,増刊ジュリスト1143号(1966年),第87—88页参照。

〔60〕 参见伊藤真,见前注〔8〕,第427页;新堂幸司,见前注〔36〕,第536页。

〔61〕 Vgl. BGH NZM 2008, 732 (735).

〔62〕 《德国民事诉讼法》第33条(反诉的特别审判籍)与第145条第2款(反诉分案的情形)分别规定了“攻击防御的关联”与“法律上的关联”两种标准。

〔63〕 德国多数学说支持分案审理。Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 9), S. 528, Fn. 17. 德国判例则支持第一种观点,认为事实关联性(即本诉请求与反诉请求的事实相同或者互为条件关系)的违反不只是导致诉讼的不当复杂化,于此应当尽可能避免新的诉讼产生。Vgl. BGH NJW 1975, 1228(1229).

〔64〕 参见新堂幸司,见前注〔36〕,第584页。

〔65〕 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Aufl., 2016, § 64 Rdn. 8.

〔66〕 参见中国建设银行股份有限公司介休支行与山西茂胜煤化集团有限公司等金融借款合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2020)最高法民终198号。

况,该条文关于经当事人同意的规定常成为具文,实务中亦很少在合并审理之际依职权询问当事人是否同意,〔67〕只要未明确提出异议即可,〔68〕故从因当事人未异议而治愈的角度来看,将其理解为合并要件也更为恰当。

3. 共同诉讼的诉讼标的非共同或同一种类、同一事实

我国《民事诉讼法》第52条还规定,人民法院可以合并审理共同诉讼的另一前提是当事人具有共同或同一种类的诉讼标的,《民诉法解释》第221条还补充了纠纷同一事实这种情形。与之类似,《日本民事诉讼法》第38条也明确共同诉讼以数人共同享有或承担权利义务或者基于同一事实或法律上的原因作为共同诉讼的要件。尽管上述规定仍有细节不同,但其立法目的均只是为了防止诉讼无必要地牵涉过大及过于复杂,并不是否定诉的合法性,性质上这也只能解释为合并要件而非诉讼要件。〔69〕

(三) 明显审理迟延风险:裁量分案的前提

裁量分案的标准是,虽然不违反合并要件,但强行合并审理会导致明显的诉讼迟延,而分割后可以更好的实现程序加快与清晰化。诉讼迟延的裁量标准是各部分审理内容的审理难度,即诉请中的部分内容明显比其他部分更难以审理。〔70〕据此,有独立请求权第三人提出的诉讼即便与本诉存在关联,如果与本诉之间不是必须合一确定,需要允许法官在必要时分别辩论、裁判,避免因第三人参加迟滞本诉的终结;〔71〕以及,本案诉讼请求只是小额标的,而增加的诉讼请求数额巨大,需要更复杂的审理。分案之后,此前进行的法院裁判、当事人诉讼行为、自认、证据调查与诉讼资料将继续有效,〔72〕这样可以避免此前进行的程序被浪费。

再如,对于当事人并存地增加新的诉讼请求的情形,《民诉法解释》第232条仅规定了当事人增加诉讼请求,可以合并审理的,人民法院应当合并审理。但何时才属于可以合并审理的范围,即追加诉讼请求的容许性并未明确。德国判例、通说认为此时可“准用”诉之变更规则,〔73〕如被告不同意且法院认为将造成诉讼迟延,部分驳回起诉,而不能分案。张卫平教授则认为,如果诉讼请求的变更不合法,法院在驳回变更申请后,将继续审理原诉讼请求,而不审

〔67〕 如参见嘉兴市中华化工有限责任公司等与王龙集团有限公司等侵害技术秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终1667号。

〔68〕 参见民和县关家河滩水电开发有限公司与青海海东平安农村商业银行股份有限公司等借款合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民终39号。

〔69〕 兼子一ほか,前注〔37〕,第929页参照。

〔70〕 Vgl. BGH NJW 1995, 3120 (3122).

〔71〕 参见邱联恭、许士宦:《口述民事诉讼法讲义(二)》,2015年自版发行,第326页。

〔72〕 Vgl. Fritsche, a.a.O. (Fn. 52), § 145 Rdn. 12-16.; 兼子一ほか,前注〔37〕,第929页参照。

〔73〕 Vgl. Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, S. 171.

理变更后的诉讼请求。^{〔74〕} 针对上述观点,本文提出一种不同的思考,正因为事后的客观诉之合并增加了被告的程序负担,并有可能造成诉讼迟延,才具有“准用”诉之变更的相似性,但事后的诉之客观合并仍然不能等同一般的诉之变更,后者涉及对旧诉讼请求的变更,新、旧诉讼请求是彼此替代的关系;而事后诉之合并是在原诉讼请求的基础上并存地增加新的诉讼请求,此时有诉讼迟延的风险,按照分案处理似乎更加妥当。如此,原告不能利用当前的诉讼状态压制被告或造成诉讼迟延,也不会因部分裁定驳回而导致再次起诉,徒增程序周转。

五、另案处理的程序完善与裁量矫正

为了提高将来在程序进行上的法官诉讼指挥灵活性,一方面,亟待填补法官在另案处理路径上的法律漏洞,完善相应的裁判程序;另一方面,为了防止滥用另案处理造成合并审理普遍虚化,损害诉讼经济、裁判统一等立法目的,有必要通过审理法官的相对恒定以及职权保障,于裁量之际矫正其不必要的功利考量。

(一) 增设分案裁定程序

其一,法官应当依职权以裁定行使分案的诉讼指挥权。只要各部分诉讼请求仍然需要进一步审理,分案审理在诉讼的任何阶段均可依职权决定。^{〔75〕} 由于其属于法官的诉讼指挥事项,当事人对此无申请的权利。按照我国《民事诉讼法》第154条的规定,有关程序进行之裁定可以向当事人口头作出并记入笔录,以减省法院工作。为了避免恣意裁量,应当以书面或者以言词阐明合并导致明显审理迟延的理由,^{〔76〕}当事人同意而舍弃的,可以减省此一阐明环节。^{〔77〕} 合并或分案审理裁定是否需要以专门的开庭审理为前置,德国学说观点有所分歧,部分观点持肯定说,但通说与判例认为一般不需要。^{〔78〕} 为了提高诉讼效率,我国不妨由法官书面审查后径直裁定。

其二,法官的分案裁定可以通过复议或询问保障当事人的听审机会。分案一般不影响当事人接受司法保障的诉权,为了避免程序迟延,不宜就此裁定给予单独的上诉权,但诉的合并

〔74〕 参见张卫平:“诉讼请求变更的规制及法理”,《政法论坛》2019年第6期,第70页。但德国判例与通说认为原则上须全部驳回起诉,原诉讼标的也不审理,因为法官必须受原告处分起诉范围之限制,除非能够通过解释或阐明当事人仍然愿意保留原诉讼请求(此时构成事后的客观诉之合并),才可以继续审理原诉讼请求(Vgl. Reichold, a.a.O. (Fn. 31), § 264 Rdn. 1.; Becker-Eberhard, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 263 Rdn. 52-55)另有不同观点认为,如果旧诉讼请求尚未有效撤回,诉之变更不合法时将直接审理旧诉讼请求,似与张卫平教授的观点接近(Vgl. Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., 2020, § 264 Rdn. 42f.)。

〔75〕 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (Fn. 65), § 145 Rdn. 4.

〔76〕 Vgl. Stadler, a.a.O. (Fn. 38), § 147 Rdn. 3.

〔77〕 Vgl. BAG, 21.09.2016 - 10 AZN 67/16.

〔78〕 Vgl. Leipold, in: Stein/Jonas, a.a.O. (Fn. 74), § 145 Rdn. 16.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, a.a.O. (Fn. 65), § 145 Rdn. 5.

毕竟是当事人程序处分的结果,有必要允许当事人向裁定分案的法官提出撤销的复议申请。德国法上,当事人不能就分案审理裁定单独上诉,但可以提出异议并作为上诉审中的程序责问事项,这种设计兼顾了听审权利与程序效率的平衡。有鉴于此,如果我国采纳不开庭径直裁定分案审理的方式,就需要同时赋予当事人对该裁定的复议权。复议并不具有移审效力,通常并不会引起新的诉讼迟延。

其三,法院可以根据诉讼迟延的情形变更诉讼指挥措施。裁量分案审理既然是法官诉讼指挥权的结果,需要再次合并审理或者再次分案的,仍然有依申请或依职权撤销、变更的裁量空间,^[79]方能更好的适应个案审理的实际需要。不过,为了避免程序进行过于随意、反复,撤销分案、合并审理应当适用与分案、合并审理同样的裁定形式和阐明标准,如果一项请求在分案审理后已经届“裁判时机成熟”时点,则不应当再准许撤销而进行恢复。^[80]在其他情形下,当事人提出异议或者复议请求之后,法官完全可以根据案件审理的具体情况进行合理的调整。

其四,对于法官的错误裁量,二审法院完全可以在上诉案件中加以事后审查并将其认为不应当分案审理的请求直接改为合并审理。^[81]但如果分案裁定本身是严重违法的,例如将必要共同诉讼违法分案审理,将可能导致每一案件的判决因当事人不适格而违反诉讼要件,从而影响判决本身的合法性。基于此类严重的程序瑕疵,二审法院裁定撤销一审判决并发回重审更为恰当,如果判决效力已经确定,启动再审的可能性也难以否定。

(二)活用先行判决程序

在立法和司法解释明确法官的分案裁定权之前,还有一种变通方案可以不通过形式上的分案而实现实质上的分案,即法官根据其争点整理与诉讼指挥的权力,先就难度明显较低的诉讼请求进行集中审理并作出先行判决。

其一,《民诉法解释》第226条及第228条规定,人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况,归纳争议焦点,法庭审理应当围绕当事人争议的事实、证据和法律适用等焦点问题进行。据此,法官可作出就每项争点进行集中审理的命令,其亦属于以清晰划分诉讼材料为目的的诉讼指挥措施。^[82]通过明确审理焦点,过于复杂的审理内容能够得到条理化的重整,从而在不消解辩论一体性的前提下更加有效率地推进审理,缓和不宜合并审理产生的诉讼迟延问题。在诉讼请求原本就不宜合并审理的特殊情况下,我国法官有意识地根据不同的诉讼请求组织相对应的攻击防御方法,仍然不失为一种具有正当性的变通做法。

其二,如果不同诉讼请求的审理难易差别较大,按照我国《民事诉讼法》第153条规定,在多数诉讼请求权中,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决。这里的先行判决相当

[79] Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (Fn. 65), § 150 Rdn. 2.

[80] Vgl. Stadler, a.a.O. (Fn. 38), § 150 Rdn. 1.

[81] 如德国某下级法院将案件拆分为五个案号,德国最高法院认为裁量不当,将其在法律审中合并审理。Vgl. BGH NJW 1995, 3120 (3120—3122).

[82] Vgl. Reichold, a.a.O. (Fn. 31), § 146 Rdn. 1.

于大陆法系的部分判决,即法官在该审级的终局判决作出前,先对部分请求权所作的终局判决。^[83]只要该部分请求可以分割为独立诉讼标的,^[84]且其已经不需要进一步的审理而达到裁判时机成熟阶段,就可以先作出实体判决,剩余部分则还需要继续审理直至全部的终局判决作出。^[85]而在部分判决均被提起上诉的情形下,将形成两个继续合法系属的独立的诉讼,^[86]并视为自始没有合并审理。^[87]罗森贝克教科书还认为,如果部分诉讼请求已经达到裁判时机成熟的地步,因此不需要进一步审理并部分判决的,仍然会产生分案结果。^[88]按照这种观点,部分判决可以视为分案审理的一种广义类型。

其三,在被告提出抵销抗辩之时,还可以考虑允许法院根据《民事诉讼法》第153条对原告的诉讼请求作出保留性的先行判决,^[89]以此缓和因审理抵销抗辩造成的诉讼迟延,此时的先行判决相当于大陆法系的保留判决。抗辩只是攻击防御方法之一种,与原告的诉讼请求亦不构成诉的合并或者诉讼合并,法官无权以另案处理为由不予判断,客观上也无法将其真正分案审理。《民法典》第569条规定:“当事人互负债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销”,虽然民事诉讼法并未明确规定,但根据武器平等原则,抵销抗辩属于被告重要的防御手段,因此理论界多支持抗辩说,或者至少认为其是一种反诉,而司法实务中的另诉说实质上否定了诉讼抵销这一重要制度。^[90]然而,无论是抗辩抑或反诉,抵销的审理确实将增加证据调查、开庭审理的负担,又因为立法仅规定同种类给付即可提出抵销,其未必与本案审理有多少关联,诉讼迟延的风险较高。为此,可先行判决原告已经不需要进一步审理的起诉内容,等待将来查明抵销抗辩成立再作出驳回原告诉讼请求的终局判决。^[91]

不过,由于上述方案并未从形式上分割案件,仅适用于法官可以在合并或分案之间依职权裁量的请求合并情形,而不能解决必须分案审理的其他案件。因此,其无法完全替代分案裁定的作用。

(三) 矫正裁量权的滥用

分案辩论后原则上应继续由原承办法官或合议庭审理,即法官恒定,以遏制其为减轻工作量

[83] 段文波:“构建我国民事诉讼中间判决制度论——对德国和日本民事中间判决制度的借鉴”,《政治与法律》2009年第10期,第144页。

[84] 参见傅郁林:“先决问题与中间裁判”,《中国法学》2008年第6期,第158页。

[85] Vgl. Saenger, a.a.O. (Fn. 55), § 301 Rdn. 2.

[86] Vgl. Musielak, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 301 Rdn.26.

[87] Vgl. Altammer, in: Stein/Jonas, a.a.O. (Fn. 74), § 301 Rdn.1-2; BGH NJW 1977, 1152; 1996, 1060 (1062); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (Fn. 65), § 301 Anm.I.; Musielak, a.a.O. (Fn. 38), § 301 Rdn. 26.

[88] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 9), S. 536.

[89] 参见刘哲玮,见前注[2],第153-154页。

[90] 参见刘哲玮,见前注[2],第157页。

[91] Vgl. Fritsche, a.a.O. (Fn. 52), § 145 Rdn. 17.

在诉讼指挥时更倾向分案审理的决策动机。一方面,当法官发现分案后的各项诉讼请求仍将由自己负责时,就会更加审慎的衡量合并与分案的效率优劣;另一方面,恒定足以避免因变更法官导致此前审理资料效用下降。否则,审判权的内部分配将取决于承办法官的裁量,并难以避免通过变更法官来操纵裁判结果的风险。^[92] 由法官裁量变化业务分配,亦极有可能导致实务中法官顾及减轻自身工作量的问题。^[93] 此类滥用另案处理的裁量异化现象应当矫正。

举例说明,由于案件工作量并不是简单的“1+1=2”的关系,审理二项以上有一定关联的诉讼请求虽然能够在总体上提高诉讼效率,但庭审驾驭的难度大于分别审理二件毫无关系的普通民事案件。如A、B案件有1/2的诉讼资料重复,假设分别审理的诉讼成本均是1,审理周期分别为6个月,那么共将耗费诉讼成本2,总审理周期12个月(占据了2个审判组织的排期),而假设合并审理的诉讼成本约为1.5,总审理周期约为9个月,显然合并更优越。但这是一种从法院整体“鸟瞰”的全局视角,从承办法官的个人视角来看,驳回起诉或不予受理后其审理负担是1,审理周期为6个月,如果全部驳回起诉,审理负担和周期甚至可以压缩至更小,显然不予审理更“优越”。

因此,我国法院分案机制在采纳立案时随机分配原则的同时,也应当参照“管辖恒定原则”明确内部分案的相对恒定。考虑到案件的性质差异,如民事、商事、家事的内部分工,其在裁定分案审理之后应当兼顾稳定性与灵活性。我国法院民事审判组织通常分为若干庭,通常并不具有强制性,且审判组织在近年“司法改革”之后有扁平化的趋势,“庭”的结构在有些法院已经不复存在而变成多个一定专业色彩的“审判团队”。一方面,恒定有利于审判组织的稳定。即便分割后的案件属于不同性质的民商事纠纷,继续由原承办法官或合议庭审理更有利于案件审理的效率,而且审判组织一旦发生变化,将来需要合并时将再次面临审判组织变更的更大困难;另一方面,由原审审判组织继续审理只是一种原则,确有需要调整业务分配的,例如考虑到专业审判的需要,也可以通过报请院庭长决定调整,^[94]始能符合实际。但变更只限于有重大理由且不影响居中裁判者,以避免滥用。

还有一种风险必须防范,那就是法官会为了增加业务量故意滥用裁定分案,应对之道则是:无论是合并还是分案审理,业务量计算均应当考虑到诉讼请求的实际数量,而非单纯以案号计算,同时对审限作宽缓化处理,避免倾向于合并审理的法官成为忙闲不均的受害者。

六、结 语

对于存在明显诉讼迟延风险的案件采取分案措施,这在大陆法系立法与司法实践中原本不

[92] Vgl. Valerius, in: Beck'scher Online Kommentar GVG, 10.Ed., 2021, § 21e Rdn. 16.

[93] Vgl. Fritsche, a.a.O. (Fn. 52), § 145 Rdn. 14.

[94] 参见孔祥承:“‘去行政化’背景下我国法院案件分配制度之重构——以法定法官原则为视角”,《湖南社会科学》2019年第4期,第47页。

存在问题,但在我国却产生了以另案处理为由牺牲当事人全部或部分诉权的严重后果。总结其原因,合并审理与分案审理尽管形式上迥异,但程序价值并非截然对立:只有选择符合个案推进需要的诉讼形态才是最佳的,而抽象的一次性纠纷解决或者迅速审理均不值得肯定。诉讼形态在起诉之初当然首要地取决于原告或者反诉、参加之诉原告等诉讼主体的程序处分,而法官随即也将承担着重要的诉讼指挥职能,原先合并的案件可以分案,而分别起诉至法院的也可以合并,甚至法官还可以再次调整其诉讼指挥的措施。反观我国当前实践,法官诉讼指挥权体系严重不完整、标准模糊并欠缺制度保障,在这种背景下,将另案处理等同于可以不予审理,将合并要件或强制合并要件视为诉讼的受理要件,悖离适正裁判的责任也就在所难免了。因此,通过增设分案裁定程序、活用先行判决程序,充分界定并完善法官的诉讼指挥权,即显得非常必要。

当然,由于作者主要探讨的是另案处理,因此对强制合并、合一确定等概念着墨不多,限于篇幅也无法集中展开。而对于某些要件如反诉关联性、并存性地增加诉讼请求的迟延风险等内容的程序性质,本文虽然提出了个人见解,但其讨论尚具有争议性,国内共识远未形成,而此类问题对于明确诉讼程序形态的各类型边界又十分关键,仍需要学界进一步阐发,作者亦期待有识者的批评。

Abstract: The legitimacy of so called “trials in separate procedures” lies in judge’s procedural command power to avoid a potential procedure delay, which could obviously be caused by unsuitable procedure combination. In current judicial practices in China, however, because of the lack of application standards and procedural guarantees, judges always tend to dismiss the action or reject to give any entity judgment in the name of trials in separate procedures, and thereby severely endangering the economy and stability of procedure as well as the litigation right of party. By distinguishing three standards: the precondition for a lawful action, the special preconditions for procedure combination and the assessment of risk of obvious procedure delay, application of trials in separate procedures could be further defined: when preconditions for a special lawful action are met, judge should hear the case separately *ex officio*; when preconditions for procedure combination failed, or hear the case separately under his discretion to avoid obvious procedure delay. In the future, it is also necessary to make clear legislation for ruling of procedure separation, however, under specific circumstances, the judge could also make partial judgment instead of procedure separation. After the separation, separated procedures shall still be trialed in front of the original trial organization.

Key Words: Procedural Combination; Procedural Separation; Procedural Command Power; Action Dismiss

(责任编辑:刘哲玮)