

我国行政诉讼中必要参加诉讼第三人制度之构建

黄先雄*

摘要:由于我国行政诉讼法未区分必要参加与非必要参加第三人,导致第三人利害关系认定标准的宽泛性与遗漏当事人发回重审的规定之间存在紧张关系。在司法实践中,法院认定被遗漏第三人时标准不一甚至自相矛盾,且存在过于宽泛地将第三人认定为必须参加诉讼的当事人的问题,造成程序空转。我国有必要引入必要参加诉讼第三人制度,以第三人法律上利益是否被法院一并确定作为主要认定标准,并明确规定只有一审法院遗漏必要参加诉讼第三人时二审法院才可以将案件发回重审,且允许有例外。必要参加诉讼第三人有权在原被告诉讼请求之外提出自己的诉讼请求,并有权申请再审;普通参加诉讼第三人则无此权利。

关键词:行政诉讼 必要参加诉讼第三人 裁判结果 直接利害关系 发回重审

所谓必要参加诉讼第三人,是指因与行政案件的裁判结果存有某种利害关系,而必须参加正在进行的诉讼程序,否则将导致法院裁判不合法的原被告之外的当事人。我国行政诉讼法中没有关于必要参加诉讼第三人的规定,但从相关司法解释的条文中可以推导出此概念。明确引入比较法上已经比较成熟的必要参加诉讼第三人概念,细化现行利害关系标准,界分必要参加诉讼第三人与普通参加诉讼第三人,构建配套制度,有助于改变目前我国行政诉讼实践中存在的因遗漏当事人而发回重审之做法泛滥的倾向,对于防止诉讼程序空转、节约当事人诉讼成本和司法资源,也有重要意义。

一、构建必要参加诉讼第三人制度有利于化解现行法律规范之间的深层矛盾

(一)缓和宽泛的诉讼第三人认定标准和遗漏当事人发回重审规定之间的紧张关系

《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第29条第1款规定:“公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼,或者同案件处理结果有利害关系的,可以作为第三人申请参加诉讼,或者由人民法院通知参加诉讼。”修法者考虑到行政诉讼涉及第三方利益的情形比较普遍,将旧法规定的“同被诉具体行政行为有利害关系”这一第三人标准,进一步扩展为“同被诉行政行为有利害关系或同案件处理结果有利害关系”标准,使得第三人的范围更加宽泛。需要明确的是,此款中人民法院是“应当通知”还是“可以通知”?若解释为“应当通知”,那么接下来的问题是,如何界定“同被诉行政行为有利害关系或同案件处理结果有利害关系”?其中的“利害关系”是一个极其宽泛的概念,既有法律上的利害关系,又有事实上的利害关系;既有直接的利害关系,又有间接的利害关系;既有必然的利害关系,又有或然的利害关系;既有行政法上的利害关系,又有民法上的利害关系;既有涉及法律上明确保护的权利和值得法律保护的利益的利害关系,又有涉及反射利益的利害关系;等等,不一而足。20世纪80年代有学者就曾呼吁停止使用“利害关系人”这一用语,因为其概念不清、含义不明,极易导致审判实践中法院对第三人

* 中南大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(15BFX013)、法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设项目

界定的泛化。^①而“利害关系人”用语模糊性的根源就在于“利害关系”的模糊性。

“利害关系”是一个“罗生门”。如果不对其进行限定或类型化,那么可能使得法官在确定第三人时进退失据。因为根据《行政诉讼法》第 89 条的规定,人民法院审理上诉案件时对原判决遗漏当事人等严重违反法定程序的,应当裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。相对于 1999 年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《执行解释》)第 71 条关于“遗漏必须参加诉讼的当事人”的规定,^②修改后的《行政诉讼法》并没有吸收“必须参加诉讼”这一限定语。如果“利害关系人”是一个难以明确内涵和穷尽外延的概念,那么《行政诉讼法》第 89 条中“遗漏当事人”(包括遗漏第三人)的规定就会成为二审法官“随意揉搓的面团”,成为其将案件任性发回重审的万能条款。^③2018 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《适用解释》)第 109 条第 3 款虽然再次重复了《执行解释》第 71 条关于“遗漏必须参加诉讼的当事人”的规定,但是很难由此得出司法解释确立了“必须参加诉讼的当事人”和“非必须参加诉讼的当事人”分类的结论。鉴此,为尽可能避免因立法不周延而导致的实践冲突,有必要引入“必要参加诉讼第三人”这一概念,根据不同的“利害关系”将诉讼第三人区分为“必要参加”与“普通参加”诉讼第三人,并将《行政诉讼法》第 89 条中的“遗漏当事人”修改为“遗漏必要(须)参加诉讼当事人”。就第三人而言,只有当一审法院“遗漏必要参加诉讼第三人”时,二审法院才可以将案件发回重审,反之则不然。这样,有利于化解当下根据“利害关系”标准认定第三人的宽泛性与“遗漏当事人”发回重审的必然性之间的紧张关系。

(二) 弥合司法解释与法律之间关于第三人规定的逻辑断裂

为了消除原有立法相关规定的模糊性,最高人民法院曾经试图通过司法解释区分“应当参加诉讼第三人”与“可以参加诉讼第三人”。(1)关于“应当参加诉讼第三人”的司法解释。《执行解释》第 23 条、第 24 条规定了两种应当被通知参加诉讼的第三人:一是应当被追加为被告而原告不同意追加的;二是行政机关的同一行政行为涉及两个以上利害关系人,其中没有起诉的其他利害关系人。在此基础上,《适用解释》第 28 条增加了一种应当被通知参加诉讼的第三人,即既不愿参加诉讼又不愿放弃实体权利、本应被追加为原告的其他共同诉讼当事人。此外,2010 年《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第 6 条规定:“人民法院受理房屋登记行政案件后,应当通知没有起诉的下列利害关系人作为第三人参加行政诉讼:(一)房屋登记簿上载明的权利人;(二)被诉异议登记、更正登记、预告登记的权利人;(三)人民法院能够确认的其他利害关系人。”虽然此处的第 3 项属于兜底性条款,但是按照司法实践中的惯常做法,前两项中明确列举的利害关系人如果没有参诉,一般会被二审法院以“遗漏当事人”发回重审,而对于第 3 项没有明确的其他利害关系人,如果没有参诉,那么二审法院对是否以“遗漏当事人”为由发回重审享有司法裁量权。换言之,没有被明确列举的利害关系人不一定属于应当被通知参加诉讼的第三人。(2)关于“可以参加诉讼第三人”的司法解释。2002 年《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》第 4 条规定:“与被诉反倾销行政行为具有法律上利害关系的其他国务院主管部门,可以作为第三人参加诉讼。”2002 年《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》第 4 条也规定:“与被诉反补贴行政行为具有法律上利害关系的其他国务院主管部门,可以作为第三人参加诉讼。”

对上述两类第三人,最高人民法院没有给出明确的界分标准,难以推而广之。不过,这至少说明,司法实践中确实存在两类第三人。2014 年《行政诉讼法》修订时没有吸收司法解释的这一分类,使得法官在适用《行政诉讼法》第 89 条关于“遗漏当事人”的规定和上述司法解释中关于两类第三人的规定时,可能难以抉择。因为既然将第三人区分为“应当参加诉讼”和“可以参加诉讼”,那么就意味着一审法院遗漏“可以参

^① 参见田平安:《浅议民诉中第三人的诉讼地位》,《现代法学》1983 年第 3 期。

^② 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 71 条第 1 款规定:“原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的,第二审人民法院应当裁定撤销原审判决,发回重审。”

^③ 在立法过程中,有人建议对“利害关系”进行明确,但该建议未被采纳。参见江必新、邵长茂:《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社 2015 年版,第 105 页。

加诉讼”第三人的,二审法院不能将其认定为“遗漏当事人”而将案件发回重审。但从逻辑上讲,遗漏任何诉讼第三人都属于“遗漏当事人”。为解决司法解释分类与《行政诉讼法》第89条规定之间在逻辑上的不连贯问题,有必要在《行政诉讼法》中明确引入“必要参加诉讼第三人”概念,以区别于“普通参加诉讼第三人”,将司法实践中合乎实际需要的做法吸纳到立法条文中。

二、构建必要参加诉讼第三人制度有利于扭转司法实践的乱象

从司法实践看,在笔者检索到的205份关于行政诉讼遗漏当事人的裁定书中,^①有171份裁定书认定原审法院遗漏了第三人,6份裁定书没有支持当事人提出的原审法院遗漏第三人的主张,两者合计177份;19份裁定书认定遗漏了必须参加诉讼的共同被告;2份裁定书认定原审法院裁判文书漏列共同原告;7份裁定书仅笼统指出原审法院“遗漏当事人”,至于遗漏了谁、理由是什么,没有提及。总体而言,行政诉讼中“遗漏当事人”的情形绝大部分都是“遗漏第三人”。从上述177份裁定书及其他实践情况看,我国行政诉讼中对被遗漏的第三人的认定存在以下问题:

其一,认定被遗漏的第三人时标准不一。这些裁定书在认定被遗漏的第三人时,说理五花八门,标准宽严不一,分别以“利害关系”^②“直接利害关系”“法律上的利害关系”“不是行政决定中的当事人”^③等不同标准来判断是否属于遗漏当事人,至于其中的“利害关系”指什么,大多略过不提;有的裁定书甚至不说理由,直接给出结论:遗漏当事人或遗漏属于必须参加诉讼的当事人,严重违法法定程序,发回重审。^④

其二,少数裁定书对同一情形下的第三人是否属于被遗漏的当事人作出相互矛盾的认定。例如,关于接受行政机关委托具体实施行政行为的下属机关、职能部门或其他组织是否属于被遗漏的当事人,广西壮族自治区高级人民法院的(2017)桂行申227号裁定书认定不属于遗漏当事人的情形,^⑤而甘肃省高级人民法院(2016)甘行赔终8号裁定书则认定属于遗漏当事人的情形。^⑥按照宽泛的“利害关系”标准,被诉行政行为是由受委托者具体实施的,一旦原告胜诉,这些受委托者可能面临内部追责,法院的裁判结果将间接影响他们与委托机关之间的权利义务关系,应当认定其属于利害关系人;但从另一个角度看,由于裁判结果对受委托者只存在盖然性、间接性的影响,其参加诉讼的作用主要在于帮助查明案件事实,不将此类受委托实施者视为诉讼当事人并不违反正当程序原则,也不会导致法院作出自相矛盾的裁判。

其三,更为严重的问题是,存在法院过于宽泛地将第三人认定为必须参加诉讼的当事人的现象,徒增司法资源和涉诉人员诉讼成本的消耗,造成程序空转。对此,有法官曾撰文指出:“部分法院在案件审理中亦未对第三人是否应当参加诉讼进行审查,对原告起诉状写明的第三人或立案登记表(案件管理系统)列明

^① 2017年12月24日,笔者在“中国裁判文书网”以“案件类型:行政案件+案由:行政案由+文书类型:裁定书+全文检索:遗漏当事人+法条:《中华人民共和国行政诉讼法》第89条+裁判日期:2015-05-01 TO 2017-12-24”检索相关裁定书,总共检索到3620份裁定书。笔者随机下载其中的260份裁定书,剔除无关或重复的55份,剩下与本文主题相关的有205份裁定书。

^② 例如,在陕西省西安铁路运输中级法院(2017)陕71行终478号裁定书中,法院指出:“而能否作为第三人参加行政诉讼,是以公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有无利害关系,或者同案件处理结果有无利害关系为判断标准,而不是以原告在行政起诉状中列为第三人,法院就应当通知其作为第三人参加诉讼……”

^③ 例如,在广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂行申136号裁定书中,法院否决原告提出的一审法院遗漏当事人主张时的理由是:“下圩、坤达两个村民小组不是兰政决字(2012)10号《关于江塘地土地权属争议问题的处理决定》的当事人,在本案审理过程中,并无其他案外人对涉案争议地提出过权属主张,故不存在遗漏当事人。”其并没有从利害关系这一角度去阐述。

^④ 例如,在黑龙江省绥化市中级人民法院(2016)黑12行终16号裁定书中,法院在认定原告起诉符合立案条件,责令原审法院受理本案之后,突兀地指出:“本院认为,原裁定遗漏当事人,属程序违法。”

^⑤ 在该案中,再审申请人(原审被告)主张:本案具体实施征地工作的单位及部门分别是百色市右江区国土资源局、右江区城区征地拆迁工作指挥部,《征收集体土地补偿协议书》《地上附着物补偿协议》由右江区国土局与被征收的村小组签订,《地上青苗补助协议书》由右江区征地指挥部与被征收的村小组签订。因此,上述两个单位也是本案的当事人。右江区政府申请追加该两个当事人,原审未追加即作出判决,程序违法。但是,再审法院认为,征收土地系县级以上地方人民政府的职权,右江区政府将具体的征地工作交由右江区国土局及右江区征地指挥部实施,相应法律结果仍应由右江区政府对外承担,故原判决并未遗漏当事人。

^⑥ 在该案中,甘肃省高级人民法院(2016)甘行赔终8号裁定书指出:上诉人魏荣邦诉状中列县住建局、县教育局为第三人,在一审裁定查明由被上诉人县政府委托县住建局、县教育局共同实施拆除事宜的情形下,且被上诉人县政府在一审庭审中提出为了查明案件事实,被委托机关应当参加庭审,故一审裁定遗漏第三人,违反法定程序。类似的裁定书还有湖北省高级人民法院(2016)鄂行终201号裁定书,法院将受委托者武汉市武昌家园拆迁安置事务所也认定为被遗漏的当事人。

的第三人均通知其参加诉讼。”^①实际上,在我国司法实践中第三人参加行政诉讼的情形非常普遍,根据学者的统计,其比例高达49.2%。^②相对于一般民事行为而言,虽然行政行为影响第三人权益的情形更加普遍,但是如此高的比例与法官过于宽泛地将第三人认定为不能被遗漏的当事人不无关系。在前述171份因遗漏第三人而决定发回重审的行政裁定书中,有许多裁定书仅因遗漏第三人就发回重审的做法之合理性值得商榷,另外有9份裁定书存在过于宽泛地将第三人认定为必须参加诉讼的当事人的情形:(1)经营性房屋的所有权人被认定应当参加其承租人因基于经营目的对承租房屋装修后不满消防行政机关验收不合格决定提起的诉讼;^③(2)县民政局被认定应当参加村民不服镇政府超越职权注销城镇低保提起的诉讼;^④(3)镇政府因作为材料的初审和上报者被认定应当参加村委会不服县政府土地行政确权的诉讼;^⑤(4)获得征地补偿款的公司被认定应当参加村民诉请镇政府公开对该公司的征地补偿款发放信息的诉讼;^⑥(5)受民事委托生产食品的公司被认定应当参加其委托者(某超市供货商)针对工商行政机关处罚超市销售行为的诉讼;^⑦(6)患者被认定应当参加患者家属不服卫生行政机关就该患者家属投诉所作答复的诉讼;^⑧(7)房屋产权证的实际颁发者(县住房和城乡建设局)被认定应当参加房屋所有权人不服房屋产权证的法定颁发者(县政府)撤销行为的诉讼;^⑨(8)已被吊销营业执照的原企业被认定应当参加该企业负责人和承租人以个人名义诉请国土资源行政机关返还企业已缴纳的相关税费的诉讼;^⑩(9)名义上的挂靠公司被认

① 王伏刚:《行政诉讼第三人参加诉讼应在审理程序中审查决定》,《人民法院报》2015年12月9日。

② 参见黄启辉:《行政诉讼一审审判状况研究——基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析》,《清华法学》2013年第4期。

③ 本案二审法院认定:“结合本案,上诉人锦满堂公司所诉的行政行为之一(原行政行为)是被上诉人市消防支队作出的甬公消验字[2016]第0118号消防验收意见,该消防验收意见系针对新江厦(鄞州)商城内部装修工程而作出的行政行为。宁波新江厦投资有限公司作为新江厦(鄞州)商城的房屋所有权人,与被告消防验收意见之间存在利害关系,属于必须参加诉讼的当事人。在宁波新江厦投资有限公司和上诉人锦满堂公司均未提出申请的情况下,法院应当依职权追加宁波新江厦投资有限公司作为第三人参加诉讼。而一审法院未将宁波新江厦投资有限公司追加为第三人参加本案诉讼,属遗漏当事人、严重违法法定程序,依法应当发回重审。”浙江省宁波市中级人民法院(2017)浙02行终292号裁定书。笔者认为,在本案中,承租人与再转承租人对其自身进行的商场装修被消防部门验收不合格后诉请撤销这一验收不合格决定书,裁判结果与商厦所有权人几乎没有任何直接或间接的利害关系,无论法院怎样判决都不会影响其租金的取得,只是如果原告胜诉,今后可能因不合格的装修引发火灾致损而担责,但这种可能性很不确定,完全没有必要将其列为第三人。

④ 本案二审法院认定:“《社会救助暂行办法》第13条第3款规定:‘最低生活保障家庭的人口状况、收入状况、财产状况发生变化的,县级人民政府民政部门应当及时决定增发、减发或者停发最低生活保障金;决定停发最低生活保障金的,应当书面说明理由。’依照上述法规规定,决定停发最低生活保障金的行政主体应为县级人民政府民政部门。因此,本案应追加襄城县民政局作为本案当事人,查明襄城县民政局与襄城县城关镇人民政府在停发上诉人庞长江、王秀英最低生活保障金的行政行为中所担负的职责,以便进一步查清案件相关事实。综上,一审法院遗漏当事人,违反法定程序,应依法发回重审。”河南省许昌市中级人民法院(2017)豫10行终1号裁定书。笔者认为,本案中的镇政府超越职权作出《城镇低保注销告知书》,法院可以直接予以撤销,然后要求镇政府上报至县民政局重新作出相关决定即可,但法院以一审法院遗漏当事人即县民政局为由发回重审,比较牵强。

⑤ 参见甘肃省高级人民法院(2017)甘行终67号裁定书。

⑥ 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中行终字第1707号裁定书。笔者认为,征地补偿款发放信息依法属于行政机关应当依职权主动公开的信息,一般无须征求补偿款接受人的意见,因而也没有必要将其列为诉讼第三人。

⑦ 该裁定书涉及的案件是武汉飘飘食品集团有限公司不服工商行政处罚案,二审法院认定:“2012年11月9日,飘飘公司与案外人加增公司签订委托加工合同,委托加增公司生产包括飘飘牌黄豆焖肉在内的37种肉制产品……本案中,根据被诉处罚决定认定的事实,加增公司与被诉处罚决定存在利害关系,原审法院未通知其参加诉讼属于遗漏当事人,本院依法应予发回原审法院重新审理。”北京市第一中级人民法院(2015)一中行终字第1679号裁定书。笔者认为,工商行政机关处罚销售不合格食品的超市,涉案食品的超市供货商即行政行为的间接受影响者不服而起诉,二审法院将间接受影响者的委托生产合同的另一方当事人认定为诉讼当事人,明显不合理。

⑧ 该裁定书涉及的案件是许某认为其母亲肖某接受手术时医院使用的技术和材料有问题而以自己名义投诉,后不服中山市食品药品监督管理局的回复而引发诉讼。二审法院认定:“本案中,被投诉的人工髌关节的实际使用者为肖某,市食药监局对许某投诉所涉产品的调查与答复行为、省食药监局的复议行为与肖某之间存在利害关系。因此,原审法院应通知肖某作为第三人参加诉讼,原审法院未通知其参与诉讼属于程序违法。”广东省中山市中级人民法院(2016)粤20行终400号裁定书。

⑨ 该案二审法院认定:“涉案房屋所有权证颁发时施行的法律为《城市房屋权属登记管理办法》,该办法第34条规定:‘《房屋所有权证》《房屋共有权证》《房屋他项权证》的式样由国务院建设行政主管部门统一制定。证书由国务院建设行政主管部门统一监制,市、县房地产行政主管部门颁发’,本案中,虽然发证机关标注为宁城县人民政府,但房管部门是实际的发证主体……原审法院在审理时,未将宁城县住房和城乡建设局列为当事人,属于遗漏当事人。”内蒙古自治区赤峰市中级人民法院(2017)内04行终9号裁定书。

⑩ 该裁定书涉及的是“陈述平诉湖南省国土资源厅、张家界市国土资源局、慈利县国土资源局退付采矿权价款案”,二审法院认定:“经审理查明,缴纳采矿权价款的缴纳凭证上缴款人均为慈利县麦湾煤矿二工区,而陈述平是慈利县麦湾煤矿的负责人和承租人。现慈利县麦湾煤矿工商登记状态为吊销。本院认为,慈利县麦湾煤矿和本案有利害关系,且其法人资格并未终止,原审法院应依职权通知其参加诉讼,而原审法院在审理时遗漏当事人,严重违法法定程序。”湖南省长沙市中级人民法院(2016)湘01行终66号裁定书。

定应当参加车辆实际所有人(挂靠人)不服公路行政机关查扣车辆行为的诉讼;^①等等。在这些被认定应当参加诉讼的第三人中,有的与案件裁判结果并无实质性的利害关系,如前述例1中的经营性房屋的所有权人、例5中的受民事委托生产食品的公司、例4中的获得征地补偿款的公司、例6中的患者;有的参加诉讼只是为了查明案情或厘清行政机关之间的权限,如例2中的县民政局、例3中的镇政府、例7中的县住建局;有的只是名义上关联,如例9中的挂靠公司;有的参加诉讼已经没有实际意义,如例8中被吊销营业执照的原企业。另外,对于法院宽泛追加第三人造成的不良后果,有最高人民法院法官曾指出:“有些案件中第三人多为外地务工人员,在当地居无定所,不考虑是否必要而一概通知其参加诉讼大大增加了法院司法资源的消耗;而且由于很多当事人返回家乡,通知其参加诉讼往往使案件搁浅,从而导致案件久拖不决。有些案件中第三人往往是在被诉行政行为中获益的一方,其通常是全盘支持行政机关的意见,并无独立的诉讼请求,通知他们参加诉讼徒增他们的讼累,他们也多怨声载道。”^②

上述宽泛认定被遗漏当事人的情形在法院相关裁定书中虽然占比不高,但是在当下案件被发回重审将对承办法官年终绩效考核产生负面影响的司法背景下,此类裁定书的影响不可小觑。为避免所审案件因“遗漏当事人”被发回重审,宽泛地追加第三人参与诉讼可能会成为一审法官的普遍选择。《行政诉讼法》第89条关于遗漏当事人的规定实施才3年,问题就已经开始出现,如果不尽快对确定第三人的利害关系标准进行细化和分类并调整相应的制度,那么今后这方面的司法乱象可能会更加严重。

对于行政诉讼中的第三人应该如何分类,我国行政诉讼法学界目前尚未达成共识,主要观点有:直接利害关系第三人与间接利害关系第三人,^③权力关系第三人、义务关系第三人与事实关系第三人,^④类似原告地位的第三人与类似被告地位的第三人,^⑤必然性利害关系第三人、或然性利害关系第三人与预决性利害关系第三人。^⑥这些分类都无助于前述实践问题的实质性化解,只有按照某种标准区分出必要参加诉讼第三人与普通参加诉讼第三人,^⑦并相应修改现行立法中关于遗漏当事人的条款,才有可能制约二审或再审法院法官认定遗漏当事人时的任性,消除一审法官对发回重审条款的担忧,进而改变宽泛认定第三人的实践状况,减少司法资源和涉诉人员诉讼成本的消耗,避免程序空转。

三、必要参加诉讼第三人的认定标准

(一)必要参加诉讼第三人认定标准的理论构建

从比较法上看,明确提出必要参加诉讼第三人概念的立法例主要有《德国行政法院法》和我国台湾地区“行政诉讼法”,后者基本借鉴了前者的立法经验,只是在条文表述上略有差异。我们可以在借鉴比较法经验的基础上,厘清必要参加诉讼第三人的法理,进而构建我国行政诉讼必要参加诉讼第三人的认定标准。

1. 比较法经验

必要参加诉讼第三人通常是相对于普通参加诉讼第三人而言的。对这两种第三人的认定标准,《德国行政法院法》有比较明确的规定。该法第65条规定:“(1)诉讼程序尚未确定终结前,或尚在上级审系属中,法院得依职权或依申请,命法律上利益将受裁判影响之第三人参加诉讼。(2)第三人就系争法律关系

^① 该裁定书涉及的是上诉人邓国军不服新田县公路局道路行政强制及行政赔偿案。该案上诉人主张:湘M01626货车虽然是挂靠衡阳华运输服务公司零陵分公司,但是依据上诉人与该公司签订的挂靠经营合同第4条的约定,在合同签订交纳第一期款额后,车辆属上诉人所有。同时,被上诉人也承认湘M01626货车的实际所有人就是上诉人。但二审法院认定:“湘M01626货车行驶证上登记的所有权人为衡阳华运输服务有限公司零陵分公司,该公司与本案有利害关系,应追加为本案的共同原告,原判决遗漏当事人,程序违法。”湖南省永州市中级人民法院(2015)永中法行终字第81号裁定书。

^② 江必新主编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第143页。

^③ 参见王红岩:《行政诉讼第三人探析》,《政法论丛》1991年第3期。

^④ 参见马怀德、解志勇:《行政诉讼第三人研究》,《法律科学》(西北政法学院学报)2000年第3期。

^⑤ 参见王麟、王周户:《行政诉讼法》,法律出版社2005年版,第149~150页。

^⑥ 参见余明永:《对行政诉讼第三人的法律界定》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第505页。

^⑦ 最高人民法院周宪法官曾提及这种分类,不过,笔者不赞同其提出的区分标准(见后文):“一般情况下,‘同被诉行政行为有利害关系’的第三人都是必须参加诉讼的第三人,而‘同案件处理结果有利害关系’的第三人一般并非必须参加诉讼的第三人”。江必新主编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第395页。

之利害,裁判必须对其合一确定时,法院应命第三人参加诉讼。”^①此处“裁判必须对其合一确定”是指,“只有通过判决同时直接或强制性地形成、认许、确认或变更第三人的权利,法院才有可能有效地作出判决”。^②由此可知,在德国法上,普通参加诉讼第三人只要求其“法律上利益将受裁判影响”即可,这一“受裁判影响”标准相对比较宽松;必要参加诉讼第三人则在普通参加诉讼第三人的基础上,进一步要求其法律上利益须受到“裁判的合一确定”。换言之,作为必要参加诉讼第三人,不仅要求其法律上利益受到法院裁判的影响,而且要求其权利直接被裁判所决定或其法律地位直接受到侵害。这里“直接被裁判所决定”或“直接受到侵害”具体是指,“因确定判决之内容,而非仅是在判决理由中有关问题的说明而受到损害”。^③相对于普通参加诉讼第三人,必要参加诉讼第三人的法律上利益本身就是法院裁判的对象。^④例如,在德国行政诉讼实务中,原告诉请撤销建筑许可或者污染物排放许可等复效行政行为的诉讼,被许可者是必要参加诉讼第三人;原告诉请行政机关依职权履行查处违法建筑的诉讼,违法建筑的所有权人是必要参加诉讼第三人;竞争投标者诉请行政机关确认其中标资格或撤销他人中标资格的诉讼,其他竞争投标者或中标者是必要参加诉讼第三人;原告诉请法院撤销被选举人资格的诉讼,该被选举人是必要参加诉讼第三人;原告诉请撤销行政机关作出的公路建设项目审批行为的诉讼,公路建设项目的承担者是必要参加诉讼第三人;等等。^⑤总之,成为德国行政诉讼法上的必要参加诉讼第三人必须同时具备两个要件:一是存在有关其权利或法律地位的法律上的利益,二是该法律上的利益直接受到裁判的确定或侵害。另外,在撤销诉讼实践中,德国法院还强调诉讼结果直接对第三人产生负面影响时,该第三人才是必要参加诉讼第三人;反之,如果原告胜诉而对第三人有利时,那么该第三人只是普通参加诉讼第三人。^⑥因为在此类案件中即便原告败诉,该第三人仍然处于其参加诉讼前的利益状态,是否参加诉讼都不会对其产生不利影响。综上可见,德国法上必要参加诉讼第三人的范围是受到严格限定的。

我国台湾地区将行政诉讼中的第三人分成 4 类:必要参加、独立参加、辅助参加和告知参加。^⑦其中,“必要参加”诉讼第三人又称“必要共同诉讼之独立参加”第三人,其确立标准是“诉讼标的对于第三人及当事人一造必须合一确定者”。这一标准的确立显然借鉴了德国立法,其范围应与德国法上的必要参加诉讼第三人无异。同时,与前述德国撤销诉讼一样,在我国台湾地区的撤销诉讼中,若原告胜诉而对第三人有利时,则该第三人只是普通参加诉讼第三人。例如,在共有土地被征收案件中,一共有人不服该征收行为提起行政诉讼的情形下,其他共有人没有起诉而仅作为第三人参加诉讼的,属于普通参加诉讼第三人;在共同继承遗产被征收遗产税的案件中,部分继承人不服提起诉讼,其他没有起诉的共同继承人也属于普通参加诉讼第三人。^⑧

显然,德国和我国台湾地区都是从第三人与法院裁判结果的利害关系上来界定必要参加诉讼第三人的。有些国家的行政诉讼法虽然没有“必要参加诉讼第三人”的概念,但是对于一般意义上的诉讼第三人,也是从其与裁判结果的关联上加以界定的。在这方面比较典型的国家是韩国和日本。《日本行政事件诉讼法》第 22 条第 1 款规定:“法院在存在由于诉讼结果权利可能受到侵害的第三人时,可以根据当事人或第三人的请求或者依职权,以决定形式使该第三人参加诉讼。”^⑨《韩国行政诉讼法》第 16 条第 1 款规定:“根据诉讼结果,有权益受到侵害的第三人时,法院根据当事人或第三人的申请或依职权,可以决定允许该第三人参加诉讼。”^⑩由于二者对第三人没有区分必要参加与普通参加,因此只规定“受到侵害”,没有强调

① 《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002 年印行,第 643 页。

② [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社 2003 年版,第 186 页。

③ 《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002 年印行,第 646~648 页。

④ 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002 年印行,第 645 页。

⑤ 参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社 2003 年版,第 187 页。

⑥ 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002 年印行,第 651 页。

⑦ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 418~420 页。

⑧ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 419 页。

⑨ 转引自江必新、邵长茂、方颖琳:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社 2015 年版,第 93 页。

⑩ 转引自江必新、邵长茂、方颖琳:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社 2015 年版,第 107 页。

“受到直接侵害”，但这种从“诉讼结果”（即裁判结果）方面来界定第三人的思路与德国和我国台湾地区的做法是相通的。

2. 比较法经验的中国式转换

构建我国行政诉讼中必要参加诉讼第三人的认定标准，应当在借鉴比较法经验的基础上，结合现行的法律体系进行界定。为此，首先需要明确的一个问题是，必要参加诉讼第三人制度的核心价值是什么？

一般而言，第三人参加诉讼制度的价值“一方面在维护参加人之利益，盖参加人经由参加诉讼得以影响诉讼程序之进行并借此来阻止裁判对其法律地位产生不利的影响。另一方面主要当事人，尤其是原告有效的权利保护亦要求第三人参与诉讼程序……最后诉讼参加亦有助于诉讼经济及特别是法安定性，盖其能有助于阻止就相同标的产生相互矛盾的判决。”^①具体而言，一是正当程序原则的要求，即确保第三人在受到法院裁判不利影响之前享有陈述和申辩的权利；二是避免不同法院作出彼此矛盾的判决，维护法制统一和司法权威；三是有利于查清事实，确保原被告得到公正裁判；四是节约司法资源和当事人的诉讼成本。相对于普通参加诉讼第三人，必要参加诉讼第三人制度的价值主要在这一点，即在法院对其作出不利裁判之前给予其陈述和申辩的机会。其他诸如避免矛盾判决、有利于查明案情、节约诉讼资源和诉讼成本等可以作为设计普通参加诉讼第三人制度的考虑因素，但不是必要参加诉讼第三人制度必须考量的因素。其实，在许多情形下，可以通过庭外调查与取证从第三人处获得证据；明确判决的既判力范围可以避免矛盾判决；至于节约司法资源和诉讼成本，如果仅因遗漏第三人就将案件发回重审，那么这种做法本身就是一种不经济的诉讼行为。

综上所述，基于正当程序原则，只有那些可能受到法院裁判直接不利影响的第三人才有必要被确定为必要参加诉讼第三人。这些人若没有被通知参加诉讼，则将构成严重违法法定程序，成为当事人提起上诉、申请再审或二审法院发回重审的理由；其他仅受裁判影响的第三人没有被通知参加诉讼则不然。德国立法就是按照这一思路来设计的。在我国的司法实践中也有法官遵循这一思路。^②至于同被诉行政行为是否有利害关系或直接利害关系，并不是判断必要参加诉讼第三人的关键。不过，一般而言，同被诉行政行为有直接利害关系，也意味着与案件裁判结果有直接利害关系。因此，可以考虑在现行《行政诉讼法》第29条第1款后增加一款：“公民、法人或者其他组织同案件处理结果有直接利害关系，其法律上利益将被法院裁判一并确定的，人民法院应当依职权通知其参加诉讼。”同时，将原第1款修改为：“公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的，可以作为第三人申请参加诉讼，人民法院也可以依职权通知其参加诉讼。”这里，如何判断公民、法人或者其他组织同案件处理结果有直接利害关系，关键要看其法律上利益是否将被法院一并裁判。换言之，如果其法律上利益是法院裁判的直接对象，那么其同案件的处理结果具有直接利害关系，从而应当被认定为必要参加诉讼第三人。这一标准与《德国行政法院法》第65条的规定有所不同，意在兼顾《行政诉讼法》第29条的现有规定，且表意更加明确。同时，根据正当程序原则重在保护相对人免受不利影响的意旨，对此款中的“直接利害关系”，可以借鉴德国撤销诉讼实务中的做法，在相关司法解释中将其界定为“遭受法院裁判结果的直接不利影响”。如果法院的裁判结果不会使第三人处于比参加诉讼之前更为不利的利益状态，那么该第三人同案件处理结果没有直接利害关系，不属于必要参加诉讼第三人。

（二）必要参加诉讼第三人认定标准的司法适用

根据上述标准，在司法实践中法官如何认定必要参加诉讼第三人，关键要看其法律上利益是否将被法院裁判一并确定，因而遭受直接不利影响。对此，法官在作出裁判之前，可以根据原告的诉求来推导可能

^① 《德国行政法院法逐条释义》，陈敏等译，台湾地区“司法院”2002年印行，第644页。

^② 参见最高人民法院（2017）最高法行申5250号裁定书。法院认定：“本案中，被诉行政行为是海棠区政府与翟好志等人签订安置补偿协议的行为和海棠区政府不履行依法安置法定职责的行为，翟好志等人所在的庄大村委会第一村民小组与两个被诉行政行为均不存在利害关系，且与本案的判决结果也没有任何关联性，本案的判决结果没有减少庄大村委会第一村民小组的任何权利，也未增加其任何义务。因此，庄大村委会第一村民小组并非必须参加诉讼的第三人，一、二审未将其追加为第三人参加诉讼，不违反法定的诉讼程序。”

的裁判结果。^① 如果原告的诉求除涉及被诉行政行为的合法性外还直接涉及第三人的法律上利益,那么就意味着该第三人的法律上利益可能被法院裁判一并确定,该第三人一般应当作为必要参加诉讼第三人。下面根据行政诉讼中原告的诉求类型,以撤销之诉、履责之诉、确认之诉为例,分别探讨必要参加诉讼第三人认定标准的司法适用。

1. 撤销之诉中的必要参加诉讼第三人

在撤销之诉中,可以区分两类情形适用必要参加诉讼第三人的认定标准:(1)在要求撤销行政机关给予第三人的行政许可、行政给付等授益性行政行为的诉讼中,原告的诉求直接涉及第三人,法院的裁判结果必然直接影响该第三人的法律上利益。在德国法上原告诉请撤销建筑许可或者污染物排放许可等复效行政行为的诉讼中,被许可者之所以是必要参加诉讼第三人,是因为一旦法院支持原告诉请,那么就意味着法院将撤销行政机关作出的行政许可,被许可者的权益将直接受损。至于原告诉请撤销行政机关作出的公路建设项目审批行为的诉讼,一旦法院支持原告诉请,那么就意味着法院会撤销行政机关作出的行政项目许可,被许可公路建设项目的承担者将不得不停止建设行为而遭受巨额损失。(2)在要求撤销行政机关作出的侵益性行政行为的诉讼中,要区分原告诉请撤销的行政行为是针对本人还是他人,典型情况包括:第一,如果原告要求撤销行政机关针对本人的侵益性行政行为,那么其他相关人一般是普通诉讼参加第三人。例如,公民甲殴打公民乙,甲被处罚不服提起诉讼,乙只是普通诉讼参加第三人,因为法院的裁判不会直接涉及乙的法律上利益,但也存在例外。例如,在工伤认定案件中,劳动者请求人力资源和社会保障行政机关认定工伤被拒绝而提起撤销诉讼,在用人单位已经为该劳动者缴纳过工伤保险的情况下,用人单位不是必要参加诉讼第三人,因为无论法院裁判是否认定为工伤,最终承担支付工伤保险待遇义务的只能是被告,不会直接影响作为第三人的用人单位的利益。但如果用人单位没有为该劳动者缴纳过工伤保险,那么在法院裁判认定为工伤的情形下,最终须用人单位自行承担支付工伤保险待遇的义务,在此种情形下用人单位属于必要参加诉讼第三人。第二,如果原告要求撤销行政机关对他人的侵益性行政行为并诉请加重制裁,那么该他人就是必要参加诉讼第三人。例如,前例中乙认为处罚太轻提起行政诉讼,甲就是必要参加诉讼第三人。因为乙一旦胜诉,法院的判决可能直接加重对甲的处罚。第三,如果原告诉请撤销于己不利的、对他人的侵益性行政行为,那么该他人仅是普通诉讼参加第三人。例如,某生产商给某超市供应食品进行销售,后工商管理行政机关以该食品包装不合格为由对该超市进行处罚,该超市不起诉,但生产商不服提起行政诉讼。在此种情形下,如果原告胜诉,那么法院的裁判只会有利于超市;即便原告败诉,法院的裁判也不会直接损害超市现有的法律上利益,故超市不是必要参加诉讼第三人。^② 此外,在实践中还有一类常见情形,当事人基于行政机关的行政许可从事某种活动,结果被另一行政机关认定违法而遭受行政处罚。^③ 这时,当事人不服行政处罚提起行政诉讼的,原许可机关不是必要参加诉讼的第三人。因为原告的诉求是撤销行政处罚,而法院的裁判结果一般不会直接涉及原实施许可机关的权限问题。

2. 履责之诉中的必要参加诉讼第三人

在履责之诉中,可区分 3 类情形适用必要参加诉讼第三人的认定标准:(1)原告要求行政机关履行答复义务的,一般不会存在必要参加诉讼第三人。例如,行政机关对原告的履责申请未予答复,原告要求法院确认行政机关不予答复违法,然后责令行政机关予以答复,在此种情形下法院的裁判不会涉及行政机关应该如何答复,更不会涉及行政机关应该如何作出实体处理的问题,所以不会影响第三人的权利义务,也就不存在必要参加诉讼第三人。(2)原告要求行政机关履行的法定职责系对第三人实施侵益行为的,该第三人属于必要参加诉讼第三人。如果原告的诉求是要求法院确认行政机关不作为或拒绝作为违法,同时

^① 虽然在行政诉讼中法官不完全遵循诉判对应原则,常常可以超出原告的诉求进行裁判,但是法官在裁判中必须回应原告的诉求。

^② 类似的案例如“侯祖贞不服广西横县工商管理和质量技术监督局工商行政处罚案”,广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂行申 274 号裁定书。

^③ 例如,某公民经林业行政机关许可在公路边的林地砍伐树木,公路行政机关认为其砍伐行为违反相关法律而予以处罚;某单位经区级规划、国土、城建等行政机关批准后兴建了职工宿舍,市级建设行政机关认为该宿舍工程是违章建筑而予以处罚。

责令行政机关对第三人进行查处,那么在此种情形下法院的裁判很可能直接影响第三人的权利义务,该第三人是必要参加诉讼第三人。在德国法上有关原告诉请行政机关依职权履行查处违法建筑的诉讼中,违法建筑的所有权人之所以是必要参加诉讼第三人,是因为一旦法院支持原告诉求,那么就意味着法院裁判可能会认定该第三人存在违法行为,进而责令行政机关予以查处。(3)原告要求行政机关履行法定职责对其本人实施授益行为时,涉及的第三人是否为必要参加诉讼者,要视情况而定。例如,在建筑物的申请建造者请求核发建筑许可的诉讼中,相邻权人只是普通参加诉讼第三人,不是必须参加诉讼第三人。因为无论法院是否支持原告诉求,是否责令行政机关发给其建筑许可,均不一定会直接影响相邻权人的法律上利益;而在原告所诉求的利益或资格许可涉及稀缺性资源而存在竞争择优问题时,所涉及的公平竞争权人是必要参加诉讼第三人。因为一旦法院支持原告诉求,那么将直接剥夺其他参与竞争者基于许可获得相关利益或资格的权利,所以这些参与竞争者应是必要参加诉讼第三人。在前述德国法上的竞争投标者诉请行政机关确认其中标资格的诉讼中,其他竞争投标者是必要参加诉讼第三人的原因即在于此。

3. 确认之诉中的必要参加诉讼第三人

在确认之诉与履责之诉并行时,一般应按照履责之诉的相关规则来认定必要参加诉讼第三人。在单纯的确认之诉中,可区分两类情形适用必要参加诉讼第三人的认定标准:(1)原告要求确认行政行为违法的,一般不存在必要参加诉讼第三人。在这种情形下,原告仅要求法院确认已经存在的行政行为违法而非改变现实状态,法院的裁判结果不会给第三人带来不利影响,因而一般不存在必要参加诉讼第三人。(2)原告要求确认行政行为无效的,要区分不同情况进行认定。原告要求确认行政机关针对第三人的行政行为无效的,如要求确认专利复审委员会给第三人颁发的专利权证无效,由于法院的裁判结果将直接损及该第三人的法律上利益,因此该第三人是必要参加诉讼第三人;^①原告认为行政行为的作出者没有行政主体资格或者没有法律依据而要求确认行政机关对本人的行政行为无效的,法院的裁判结果一般不会直接影响第三人的法律上利益,因而不会出现必要参加诉讼第三人。

四、必要参加诉讼第三人的权利配置及其救济

从原则上讲,第三人具有与原被告相同的诉讼权利,但依法律规定或依其性质专属于原被告的诉讼权利除外。如果从第三人中区分出必要参加诉讼第三人,那么就意味着其相对于普通参加诉讼第三人应该享有一些不同的诉讼权利;同时,无论必要参加诉讼第三人的认定标准如何明确,在司法实践中都难免出现遗漏必要参加诉讼第三人的情形。在不同的诉讼阶段,如何救济被遗漏的必要参加诉讼第三人的权利,也是值得关注的问题。

(一)必要参加诉讼第三人的诉讼权利配置

配置必要参加诉讼第三人的诉讼权利,应紧密结合其与普通参加诉讼第三人的区别展开。由于必要参加诉讼第三人是法律上利益将受到法院裁判直接确定或侵害的人,而后者不是,因此两者在实体权利和程序权利的配置上应有所区别。对此,可以借鉴德国的立法经验,参照《德国行政法院法》第65条、第66条的规定进行权利配置:(1)普通参加诉讼第三人在实体上仅可以在原被告诉讼请求范围内提出申请,不得提出自己的诉讼请求,因此也不能成为法院裁判的对象。在程序上,其能否参加诉讼由法院依职权裁量,一旦其参加诉讼就有自行提出不同证据、申请法官回避等程序性的权利。^②(2)必要参加诉讼第三人可以在原被告诉讼请求之外提出自己的诉讼请求;在程序上,其除了享有普通参加诉讼第三人的权利外,在其未申请参加诉讼的情形下,法院负有通知其参加诉讼的强制性义务,法院怠于通知的,属于重大程序

^① 《中华人民共和国专利法》第46条第2款规定,在此种情形下法院必须通知第三人参加诉讼:“对专利复审委员会宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的,可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。人民法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。”

^② 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002年印行,第643~662页;彭凤至等:《德国行政诉讼制度及诉讼实务之研究》,台湾地区“司法院”1998年印行,第9页。

瑕疵,将导致原判决被否定。^①

(二)被遗漏的必要参加诉讼第三人的权利救济

1. 遗漏必要参加诉讼第三人的案件,二审法院应否一律发回重审?

在实行上诉许可制的德国,遗漏必要参加诉讼第三人构成严重程序瑕疵,直接成为当事人上诉获得法院许可的理由,但受理上诉的法院不一定会将所有遗漏必要参加诉讼第三人的案件发回重审。一般而言,“仅当初级行政法院的程序具有严重瑕疵,并且基于这个瑕疵有必要进行一种更广泛或耗费较大的取证,以及初级行政法院尚未对实质问题本身作出决定时候,才可能发回重审”。^②换言之,除非有必要让初审法院进一步调查事实或者初审法院还没有就案件实体问题作出判决;否则,即便遗漏必须参加诉讼第三人也不一定要发回重审。同时,《德国行政法院法》第 142 条第 2 项规定:“与法律审上诉程序中,依第 65 条第 2 项之被告知诉讼参加人对诉讼程序瑕疵之异议,仅得于告知诉讼参加之裁定送达后两个月内为之。该期间得由审判长,依期间届满前所提出之申请延长之”。^③在法律审上诉程序(相当于第三审)中才被通知参加诉讼的必要参加诉讼第三人,在一审(事实审)已经查明事实的情况下,只要第三人不在法定期间内提出异议,进行上诉审的法院就可以直接裁判。^④

我国行政诉讼法没有规定实行上诉许可制,并且行政诉讼制度各方面都还处于初级阶段,德国的做法不一定完全适合我国,但德国对于遗漏必要参加诉讼第三人的案件并不一律发回重审的理念值得我国借鉴。《行政诉讼法》第 89 条第 4 项规定,遗漏当事人属于严重违法法定程序,法院应当裁定撤销原判决并将案件发回重审。如果立法上区分必要参加诉讼第三人与普通参加诉讼第三人,那么基于正当程序原则的考虑,只需规定必要参加诉讼第三人被遗漏时才将案件发回重审,以保证其上诉权之审级利益。不过,为兼顾当事人权益保护和司法效率,这一规定不应是绝对的,可以有例外。对此,有民事诉讼法学者指出:“发回重审制度所保障的审级利益也应当允许当事人进行协商处分。二审法院只要能够给予当事人及利害关系人就其利益、责任或权利义务的相关事项充分陈述意见的机会,在当事人及利害关系人同意二审法院裁判的基础上,应当径行裁判……因此,应当进一步赋予被遗漏当事人对于程序问题的意见表达权”。^⑤在行政诉讼中也应当如此。在一审中被遗漏的必要参加诉讼第三人直接参加二审程序的,在给予其陈述与申辩的机会后,只要其同意并与其他当事人达成妥协,二审法院就可以径行裁判。这样既保障了被遗漏的必要参加诉讼第三人的权益,尊重了其意愿,又节约了当事人的诉讼成本和司法资源,可谓一举多得。此外,由于《行政诉讼法》严格限制发回重审的次数为一次,如果当事人对发回重审的案件判决不服再次提起上诉后,那么法院才发现遗漏了必须参加诉讼的第三人,也可以遵循前述处理规则加以解决。

2. 被遗漏的必要参加诉讼第三人可否提起再审之诉?

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)一方面规定原判决遗漏当事人的,法院应当裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审;另一方面又规定了第三人撤销之诉和案外人申请再审之诉。^⑥虽然后两种制度有叠床架屋之嫌,但是这两方面的制度给民事诉讼原被告之外的相关人员提供了充分的权益保障渠道。《行政诉讼法》并没有明确规定第三人撤销之诉和案外人申请再审之诉,也许有人会认为只有民事诉讼才有设立这两种制度的必要,其旨在应对民事诉讼中大量存在的诉讼欺诈和虚假诉讼现象。事实上,虽然在行政诉讼中较少出现诉讼欺诈、虚假诉讼,但是由于行政行为影响第三人利益的现象非常普遍,因此使得法院在诉讼过程中遗漏第三人的情形也较为常见,从前述法院认定存在遗漏第三人问题的

^① 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002年印行,第643~664页;彭凤至等:《德国行政诉讼制度及诉讼实务之研究》,台湾地区“司法院”1998年印行,第8页。

^② [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第614~615页。

^③ 《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002年印行,第1663页。

^④ 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002年印行,第1665页。

^⑤ 刘远萍:《实体与程序:遗漏当事人发回重审制度的重构——共同诉讼理论和实践再出发》,载最高人民法院编:《全国法院第二十六届学术讨论会论文集:司法体制改革与民商事法律适用问题研究》,2015年,第772页。

^⑥ 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第170条、第56条、第227条。

171份裁定书中即可见一斑。由此可见,在行政诉讼中设置类似申请再审或申请重新审理制度很有必要。

如果在裁判生效后给予没有参加诉讼的必要参加诉讼第三人以救济途径,那么在界定必要参加诉讼第三人时就不必过于严苛,可以给予法官较多的裁量权。因为即便必要参加诉讼第三人没有参诉而导致法律上利益受损,后续仍有救济途径。日本、韩国等国家的行政诉讼法没有规定必要参加诉讼第三人制度一个重要的原因,可能就是它们规定了第三人申请再审之诉。^①我国台湾地区“行政诉讼法”既规定了必要参加诉讼第三人制度,又规定了第三人申请重新审理之诉。^②而根据《德国行政法院法》第153条和《德国民事诉讼法》第4编的规定,在法院组织或诉讼程序上有特殊重大瑕疵,如果当事人因对诉讼毫无知悉或基于不可归责于己的事由而未于指定日期出庭等情形而遭受不利裁判时,那么其(包括第三人)可提起具有再审性质的(确认)无效之诉。^③

综上所述,为了给必要参加诉讼第三人提供无漏洞的法律保护,我国有必要参照比较法经验构建相应的救济制度。令人欣喜的是,新近出台的《适用解释》第30条第3款已经规定:“行政诉讼法第29条规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书损害其合法权益的,可以依照行政诉讼法第90条的规定,自知道或者应当知道其合法权益受到损害之日起6个月内,向上一级人民法院申请再审”。今后可以结合实践中适用该条司法解释的情况,适时在《行政诉讼法》中将第三人申请再审的权利进一步法定化。此外,还须进一步明确该条中的“第三人”是否仅限于必要参加诉讼第三人。对此,笔者认为,原则上只有发生法律效力的判决、裁定或调解书直接损害其法律上利益的第三人(必要参加诉讼第三人),才有必要赋予其申请再审的权利。

五、结语

在行政诉讼中第三人的类型化问题上,我国学界和实务界迄今尚未达成共识。在新《行政诉讼法》实施之前,能否就这一问题达成共识,对司法实践的影响或许并不明显。但由于新《行政诉讼法》明确将“遗漏当事人”列为严重违反法定程序而应当发回重审的情形,若不能对宽泛的第三人进行类型化,区分出“必要参加”与“普通参加”,则将可能导致法官在裁判时无所适从,或者将宽泛地追加第三人作为普遍选择。理论研究应当及时回应实践需要,根据《适用解释》第109条第3款关于“遗漏了必须参加诉讼的当事人”的规定,借鉴比较法的成熟经验,可将行政诉讼中的第三人明确区分为必要参加诉讼第三人与普通参加诉讼第三人,并将前者界定为“同案件处理结果有直接利害关系,其法律上利益将被法院裁判一并确定者”。进而明确:只有遗漏必要参加诉讼第三人的,二审法院才能将案件发回重审;而在保障该类第三人的陈述与申辩权利且其愿意与其他当事人达成妥协的前提下,二审法院也可以不将案件发回重审;另外,只有必要参加诉讼第三人因不能归责于本人的事由未参加诉讼的,才享有提起再审之诉的权利。

责任编辑 谭冰霖

^① 2004年修订的《日本行政事件诉讼法》第34条规定:“一、由于撤销处分或裁决的判决权利被侵害者的第三人,由于不能归责于自己的理由未能参加诉讼,因此未能提出应当对判决造成影响之攻击或防御方法时,可以以此为理由对确定的终局判决以再审诉讼的形式进行不服申诉。二、前款之诉讼必须自知道判决确定之日起30日内提起。三、前款的期间为不变期间。四、第一款之诉讼,自判决确定之日起经过一年时,不得提起。”转引自江利红:《日本行政诉讼法》,知识产权出版社2008年版,第756~757页。韩国的制度与日本的制度设计类似。《韩国行政诉讼法》第31条规定:“1.根据撤销处分等的判决,权益受到损害的第三人,因不能归责于己的理由未能参加诉讼,从而未能提出能给判决结果施加影响的攻击或防御方法的,可以以此为理由,对确定的终局判决请求再审。2.前款请求,必须从知道确定判决之日起30日内、判决确定之日起1年以内提出。3.前款期间,应为不变期间。”转引自江必新、邵长茂、方颀琳:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社2015年版,第108~109页。

^② 我国台湾地区“行政诉讼法”第284条规定:“(重新审理之申请)因撤销或变更原处分或决定之判决,而权利受损害之第三人,如非可归责于己之事由,未参加诉讼,致不能提出足以影响判决结果之攻击或防御方法者,得对于确定终局判决申请重新审理。前项申请,应于知悉确定判决之日起三十日之不变期间内为之。但自判决确定之日起已逾一年者,不得申请。”不过,申请重新审理的对象,仅限于行政法院之形成性确定终局判决。如第三人因行政法院形成判决以外之其他种类确定判决,如给付判决、确认判决等之影响,而权利受损害时,并不得对各该给付判决、确认判决等,申请重新审理。参见翁岳生编:《行政法2000》(下册),中国法制出版社2002年版,第1512页。

^③ 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”2002年印行,第1708~1716页。