

诉讼系属中实体变更的程序应对

张卫平

内容提要:诉讼系属中实体变更是民事诉讼法重要的基础理论问题之一,但学术界对此研究甚少,甚至在一些基础问题上存在误识与讹错。诉讼系属中的实体变更包括主体变更和客体变更两大类。在主体变更的程序应对方面,我国的制度设置存在诸多问题。自然人死亡的诉讼承继因具体诉讼形态不同而应有所不同,在法人的合并与分立中,大陆法系国家却对法人分立与诉讼中止及诉讼承继等问题并未作规定。在诉讼系属中客体变更的程序方面,德国和日本分别采取当事人恒定原则与诉讼承继原则两种不同取向的制度,而根据我国理论与实践,采取当事人恒定原则具有一定合理性,但需充实与完善相关制度框架与主要程序构成。总之,理论界与实务界应从程序法与实体法角度充分关注诉讼系属中实体变更的程序应对问题,并进一步考虑如何与既有周边制度进行协调与整合。

关键词:实体权利义务 诉讼系属 诉讼中止 当事人能力

张卫平,天津大学卓越教授、清华大学法学院教授。

一 引 论

当双方当事人就民事权利义务发生争执,一方向法院提起诉讼,直到民事诉讼终结之前,此民事争议便一直处于法院的诉讼系属^[1]之中。在诉讼系属的过程中,双方所争执的民事法律关系并未处于被固化的阶段,而仍是在一种流动变化的过程之中,交易关系依然会在特定的主体之间发生变化。这种变化大体上有两种基本类型。一是“主体变动型”。即民事法律关系的主体发生变化,但权利义务的内容并没有发生变化。例如原法

[1] 诉讼系属是大陆法系民事诉讼法学中的一个重要概念,表达的是当事人提出的诉讼请求与法院之间的关系。一旦当事人向法院提起特定的诉讼请求,则该诉讼便系属于法院,法院对该诉讼行使审判权。与“诉讼中”这一只是单纯表达时间维度的概念有所不同,诉讼系属表达的是当事人与法院之间空间和时间的二维关系。因此,这一概念在民事诉讼法上有其重要意义,并非“诉讼中”这一概念所能替代或置换的。例如,我们可以说“诉讼系属的诉讼效果与实体效果”,显然就不能说“诉讼中的诉讼效果和实体效果”。

律关系的主体消亡——作为自然人的当事人死亡、作为非自然人的法人因合并、分立而消灭等。当事人为自然人时,主体因素的变更也牵连到代理人的变故。因为作为自然人在民事主体方面不仅要求具有民事权利能力,还要求具有民事行为能力。民事权利能力与诉讼当事人能力联系;而民事行为能力与民事诉讼行为能力相关联。只有具有完全民事行为能力的人才具有民事诉讼行为能力,能够亲自实施有效的民事诉讼行为。所以,一旦发生当事人丧失民事行为能力的情形,也由此会导致实体性因素——民事行为能力的丧失,相应地也就丧失了民事诉讼行为能力。因此,当事人民事行为能力丧失的情形也应归入实体变更的情形之中。另一种类型可以称之为“客体变动型”,即在诉讼系属中系争的民事权利义务发生移转,原来的权利义务主体将民事权利义务移转给第三人。例如,将争议的债权或债务转移给原告和被告之外的第三人。诉讼系属中,无论是民事法律关系主体的消亡,还是争议权利义务关系的移转,都涉及实体内容,因此笔者将这些实体上的变化称之为“实体变更”,虽然两种类型变更的实体原因不同,但也都都会面临一些共同的程序问题,所以将两种类型以实体变更加以统括,以方便论述,也便于识别程序应对上的差异。

在诉讼中,并非只有实体因素的变更才会影响诉讼的续行,还有其他一些非实体因素的变更或变动也同样会影响诉讼的续行。例如,《民事诉讼法》第 150 条规定,一方当事人因不可抗拒的事由,不能参加诉讼的;本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的;以及法院因客观原因不能行使裁判权的情形。这些情形的发生也涉及到诉讼程序的应对问题,但这些问题与实体因素关联不大,因此不作为本文的重点。

对于民事诉讼而言,诉讼系属中客体变更或变动是不可避免的。但一般而言,在刑事诉讼中通常不会发生类似民事诉讼中这类的实体变更或变动。一旦当事人消亡——被告人死亡,则由于其刑事法律关系的人身性质,刑事诉讼便告终结,诉讼不再延续。与此不同,即使民事诉讼主体——作为自然人的原告或被告一方死亡,作为争议的财产关系依然会存在,除非属于人身性质的民事权利义务关系会因为当事人的死亡发生诉讼终结。因此,在刑事诉讼中更不存在争议权利义务关系的移转问题,只有财产关系才会在诉讼系属中发生移转。

在行政诉讼中,同样也不存在争议权利义务发生移转的问题。行政诉讼的争议标的是行政行为的合法性问题,不存在诉讼系属中行政权利义务关系的移转。不过,行政诉讼中同样存在行政诉讼关系主体在诉讼中消亡,已经系属的行政诉讼在程序上如何应对的问题。但相对于民事诉讼,行政诉讼这类问题似乎不会像民事诉讼那样复杂,因为行政诉讼原告死亡,且又涉及财产继承的情形并不多见。所以,此类问题不大会成为行政诉讼法学理论关注的重点问题。

虽然在民事诉讼中,民事实体变更所导致的程序变化并非民事诉讼的常态,但却实际存在于民事诉讼的现实之中,论其绝对数量应当也不在少数。如何在程序上处置应对,就成为民事诉讼制度设置、实践和理论所必须面对的。无论是民事诉讼当事人的消亡,还是权利义务的移转,都将涉及到合理应对的制度设计、程序操作和理论解释等诸问题。当事人死亡、法人合并及分立,抑或权利义务关系移转,其核心都涉及民事诉讼主体的处置问

题。究竟是一律通过主体变更承继原来的诉讼,还是应当有所区别对待,考验着法律程序设计者在民事诉讼中如何维护和保障当事人、案外第三人权利以及诉讼效率多面关系的技巧与水准,因为这涉及到诉讼请求、诉讼主体、裁判约束的主观范围、审级、实体权利的程序保障等多重关联,所以相应的程序应对也就变得极具挑战性。

尽管民事诉讼系属中实体变更是一个实践中需要实际面对且又具有挑战性的问题,但民事诉讼法学界关注却并不多,笔者检索有关诉讼中实体变更的程序应对的文章,不仅数量很少,且年代已经较为久远,自1980年代至今,在权威期刊上涉及权利义务变更的文章仅有两篇,其中较早的一篇发表于1990年。^{〔2〕}在为数不多的其他相关文章中,也大多只是转述域外的制度和部分理论,缺乏与我国语境的结合,对于许多问题尚未予以深究,甚至存在概念混淆之嫌。

学界之所以关注不多,大致原因包括:一是相对于常态的民事诉讼而言,诉讼中的实体变更依然是非常态的,因此难以吸引人们的关注;二是人们对程序应对还是缺乏足够的重视,尤其是对于更为细化的程序问题,缺乏更为缜密、细致的思考。人们在实践和观念上的粗放与虚无是其主要原因。近些年虽然随着对程序的重视,人们开始注意到程序细节,注意到诉讼程序中的程序缺失问题。但一方面,也还存在一个逐步扩展和深入的时序问题;另一方面,程序细节的理论探讨相对于所谓宏大论题而言,其研究成果难以发表,从而不容易吸引研究资源。除此之外,对实体变更的程序应对研究未能深化,还因为国内学者对国外相应的制度和理论直接了解得不多,且涉及到与实体法结合时,对于习惯程序法视角、程序法思维的民诉法学者而言,在研究过程中只要涉及实体法就总有一种隔离感,这就导致了民事诉讼法学者在面对实体与程序交叉的问题时往往浅尝辄止。但是,基于民事诉讼程序与实体的血肉关系,无论是诉、当事人、证据、裁判还是其他,民事诉讼程序问题的化解都必然要考虑实体视角和层面,欲推进民事诉讼制度与理论的研究,也就必须在程序与实体的结合上寻求突破。

笔者认为,无论是在制度构建层面,还是在理论阐述层面,诉讼中实体变更所应有的程序应对问题均有很大的研究空间和余地。就制度构建而言,不论是立法性制度还是司法解释性制度构建,都存在较大的制度完善余地。例如,在制度规定方面,现行法对诉讼承继原因的表述之一“法人或者其他组织终止”(《民事诉讼法》第150条第3项)是否妥当?更具体地分析,当事人死亡、法人及其他组织终止究竟有何不同?这些差异对于诉讼承继有何影响?法人终止与域外诉讼承继原因中的法人合并,何种表达更为准确?作为法人终止原因的清算、撤销与诉讼承继是什么关系?这种种问题似乎都尚未涉及,更遑论有清晰、合理的答案。在制度建构的缺失方面,最突出的就是相应的程序操作机制的缺失,这也将是本文的重点之一。在理论方面,笔者希望更为深入细致地对这一问题进行考察和研究,通过域外制度和理论比较考察,注重实体与程序的联接,进一步探究实体变更的程序应对的基本法理,厘清相关基本概念之间的内在联系,澄清人

〔2〕 参见王强义:《论民事诉讼中的当事人恒定和诉讼担当》,《中国法学》1990年第5期,第87-94页;刘敏:《论民事诉讼中当事人恒定原则的适用》,《法商研究》2016年第5期,第118-124页。

们在理论层面所存在的一些误识,为实体变更的程序应对的制度建构、制度运作与理论解析提供参考。

二 现行制度结构、运作及理论认知

虽然我国法律一直没有禁止当事人在诉讼系属中移转实体权利义务,但民事诉讼法也并没有规定有关权利义务移转时实体权利义务转移人与继受人在诉讼法上的法律地位。不过,民事诉讼法对非权利义务关系移转的实体变动——当事人死亡或法人、组织终止时的主体变更以及当事人丧失诉讼行为能力的情形作出了相应规定。

1982 年《民事诉讼法(试行)》在诉讼中止的规定中虽然涉及到了主体变更的处置,但仅仅只是针对当事人死亡的情形,并没有对法人和组织消亡的情形作出规定(因为当时法人在社会经济活动中还并不活跃,民事诉讼法侧重于对自然人之间民事争议解决程序的规范)。该法第 118 条第 1 项规定,“一方当事人死亡,需要等待继承人参加诉讼。”从该法条的表述可以看出,对于当事人死亡的,原来的诉讼由当事人的继承人承继,该继承人作为新的当事人继续进行原来的诉讼。既然是参加诉讼并予以承继,逻辑上原当事人的诉讼行为对变更后的当事人有约束力,承担原当事人诉讼行为的法律后果。1991 年《民事诉讼法》是我国改革开放以来正式制定的成文法,该法较《民事诉讼法(试行)》有很大的调整和完善。在主体变动方面,将上述《民事诉讼法(试行)》第 118 条第 1 项的规定,修改为“一方当事人死亡,需要等待继承人表明是否参加诉讼的”,增加了继承人是否同意的主观要件,而非继承人对诉讼的无条件承继。在应对诉讼系属中实体变更的程序应对方面,增加规定了法人、其他组织消亡以及代理人民事行为能力丧失时应当诉讼中止的规定。1991 年《民事诉讼法》第 136 条第 2 项规定,“一方当事人丧失诉讼行为能力,尚未确定法定代理人的”,第 3 项规定,“作为一方当事人的法人或者其他组织终止,尚未确定权利义务承受人的”。从而《民事诉讼法》关于主体变更的规范都是在关于诉讼中止的程序规定中,间接对诉讼承继加以规定,即只要存在继承人表明愿意参加诉讼或存在权利义务的承受人,诉讼就自然为继承人或权利义务承受人承继。

2012 年立法机关对《民事诉讼法》进行了较大规模的修改。一方面由于需要修改的地方太多,还很难顾及到较细的程序问题;另一方面也因为学者对此问题的认识缺乏足够的重视和理论知识上的积累。因而,在实体变更的程序应对方面并没有任何修改和调整。作为立法的“完善”和“补充”,最高人民法院 2015 年对新民事诉讼法进行全面解释的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法司法解释》)倒是在实体变更应对方面有所细化,有了相应的框架性规定。该司法解释第 249 条第 1 款规定,“在诉讼中,争议的民事权利义务转移的,不影响当事人的诉讼主体资格和诉讼地位。人民法院作出的发生法律效力判决、裁定对受让人具有拘束力。”第 2 款规定,“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。”人们普遍认为,在诉讼系属中权利义务移转的程序主体方

面,最高人民法院采取了德国法中的“当事人恒定原则”,而没有采取日本法中的“诉讼承继原则”^{〔3〕}。所谓当事人恒定原则,是指在诉讼系属中,作为诉讼标的的权利义务移转给第三人时,诉讼依然在原当事人之间进行,接受权利义务的第三人不能变更为当事人继受该诉讼,但该诉讼的判决对该第三人有拘束力。^{〔4〕}如果按照诉讼承继原则,则接受该权利义务的第三人将替代原来的当事人承继诉讼,该诉讼的判决不再对原当事人具有拘束力。从第249条来看,还不能认为司法解释就是“以当事人恒定原则为基础,以诉讼承继为例外的模式”。^{〔5〕}因为该条第2款采取的并非诉讼承继而是将接受权利义务的第三人作为追加的无独立请求权第三人参加诉讼,与替代原当事人的诉讼承继完全不同,可以说是一种新的方式。

笔者注意到,《民诉法司法解释》第249条这一规定与最高人民法院先前对待此类情形的程序应对有所不同。最高人民法院《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》(法释[2001]12号)第2条规定:“金融资产管理公司受让国有银行债权后,人民法院对于债权转让前原债权银行已经提起诉讼尚未审结的案件,可以根据原债权银行或者金融资产管理公司的申请将诉讼主体变更为受让债权的金融资产管理公司。”最高人民法院《关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的补充通知》(法[2005]62号)第3条也规定:“金融资产管理公司转让、处置已经涉及诉讼、执行或者破产等程序的不良债权时,人民法院应当根据债权转让协议和转让人或者受让人的申请,裁定变更诉讼或者执行主体。”最高人民法院2009年3月30日印发的《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》第10条提出:“金融资产管理公司转让已经涉及诉讼、执行或者破产等程序的不良债权的,人民法院应当根据债权转让合同以及受让人或者转让人的申请,裁定变更诉讼主体或者执行主体。”从以上相关规定可以看出,在处理实体权利义务移转的程序应对时,最高人民法院采取了诉讼承继原则,而非当事人恒定原则。并且在应对政策上,从最初的“可以变更”变化为“应当变更”,进一步肯定了诉讼承继原则。当然,由于最高人民法院只是针对金融资产管理案件的诉讼,因此在《民诉法司法解释》之后,此类案件是否作为特殊情形继续适用上述规定,最高人民法院对此并未予以明确。

在诉讼系属中主体变更的程序应对方面,2012年《民事诉讼法》以及《民诉法司法解释》都沿用了1991年《民事诉讼法》的规定,在当事人死亡、法人或其他组织终止时其继承人或权利义务承担者承继诉讼。承继诉讼的程序前提是中止诉讼,诉讼中当事人死亡、法人或其他组织终止是诉讼中止的法定原因。在当事人死亡的情形下,等待继承人表明

〔3〕 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(上)》,人民法院出版社2015年版,第638、639页。编著者在对第249条主旨进行阐释认为,该条是关于当事人恒定原则和诉讼承继原则的规定。这种解读显然不妥,正确的表述应当是以当事人恒定主义为原则,诉讼承继主义为例外。该书表述的问题在于将“主义”当成了“原则”,在域外法学术语中,“主义”不过一种规范或行为方式的特性而已。

〔4〕 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第735、736页;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(上)》,人民法院出版社2015年版,第639页。

〔5〕 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(上)》,人民法院出版社2015年版,第639页。

是否作为诉讼承继人参加诉讼;在法人或其他组织的场合,则没有这一要求,由此可以推断,法条的逻辑应当是在法人或其他组织的场合当然由权利义务承担者承继诉讼。从实体法上看,因为继承人有可能放弃继承权,就不会继承相应的权利义务,也不会作为原诉讼的承继人。

考察现行有关主体消亡的程序应对制度,可以发现现行制度的不足或缺陷主要在于以下几个方面:

其一,缺乏制度运行的具体程序安排。1991 年民事诉讼法虽然对诉讼中主体消亡的程序应对有了进一步规定,将法人或其他组织终止的情形纳入了诉讼承继考虑的主体范围,但却完全没有如何具体处理的程序安排。尽管 1992 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》有一些程序的补充规定,但也仅是关于中止诉讼后如何恢复诉讼的程序规定。关于是否需要申请中止诉讼?如果需要申请,由谁申请中止诉讼?需要恢复诉讼时,由谁申请恢复诉讼,是诉讼承继人还是对方当事人?法院能否在没有申请的情形下依职权恢复诉讼?对方当事人或诉讼承继人申请恢复诉讼,法院不同意时,申请人是否享有异议权?这诸多程序问题均没有予以规定。

其二,在主体变更与诉讼中止之间的关系上还存在诸多没有明确之处。例如,在当事人有诉讼代理人的情形下,当事人死亡是否应当中止诉讼?实践中,不少人认为,虽然该当事人有诉讼代理人,但在该当事人死亡时,诉讼就当然应该中止,其实从诉讼代理的法理上,此种情形不应当中止诉讼,本文将在第三部分详述。另外,法定代理人死亡的情形是否也应当中止诉讼?现行法仅仅规定当事人死亡应当中止诉讼,但却没有明确是否包括法定代理人。虽然法定代理人在诉讼中的地位实质上相当于当事人,但毕竟其不是当事人。因此,法定代理人死亡是否应当中止诉讼就是一个需要在制度上加以明确的问题。从表面上看,法人终止与当事人死亡似乎是同样的,都是当事人民事权利能力的丧失。《民法通则》第 36 条第 2 款也规定,法人的民事权利能力和民事行为能力到法人终止时消灭。因此,可以认为法人终止所产生的法律效力相当于自然人死亡的法律效力。^[6]正是由于其民事权利能力的丧失,因此也就丧失了民事诉讼权利能力及当事人能力,也就不能作为民事诉讼当事人。人们通常将这种情形称之为当事人资格的丧失。^[7]由于原当事人丧失了当事人资格,因此需要中止诉讼等待权利义务的承担人作为新的当事人承继诉讼。

深入细致分析可以发现,将诉讼中止并承继诉讼的原因表述为法人终止是不妥当的。这是因为作为自然人的当事人死亡与法人终止在法律程序上有所不同。自然人的死亡是一种自然现象,并不取决于法律制度。法律制度上所能做的只是如何确定的问题。与此不同,法人是法律构造物,其生命取决于法律的规定。无论是原来的《民法通则》还是现行的《民法总则》,均规定法人终止有多种原因,其中包括法人清算和撤销。如果在诉讼系属中法人进入清算程序,则该法人具有法人资格,不存在诉讼中止与诉讼承继问题。诉讼系属中法人清算之后,原法人资格终止,但同时也与原诉讼当事人没有关系,其法人与

[6] 参见朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 441 页。

[7] 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第四版),高等教育出版社 2013 年版,第 104 页。

债权人的义务关系已经了结。如果没有了结,清算程序法律关系便没有结束。如果进入破产程序,则不存在诉讼程序问题。法人撤销也是如此,如果没有了结债务关系,即使撤销,在诉讼法上依然具有当事人资格,不存在诉讼承继问题。如果法人撤销并且经过清算法人终止的,则不存在中止诉讼的问题,而是诉讼终止。真正涉及法人资格消亡,又涉及当事人诉讼承继的情形就是法人合并以及分立,也就是《民法通则》所规定的法人终止的其他未指明的原因之一(《公司法》第180条明确规定,公司合并和分立为公司解散的原因)。因此,妥当的表述应当是法人合并及分立,而非笼统地将法人终止作为中止诉讼及诉讼承继的原因。

除了制度规定外,在理论认识上,我们的认知也存在模糊之处。比较突出的是简单地将当事人资格或当事人能力与诉讼承继对应。^[8]正如上述所言,当事人死亡和法人或其他组织终止,导致当事人资格丧失,因此需要承担实体权利义务的主体承继诉讼。但实际上,准确地讲,应当承继的主体不仅是具有当事人能力的当事人,还应当是适格的当事人。因为虽具有当事人资格(能力),但针对本案不一定是适格的当事人。换言之,当事人资格只是具有抽象能力的当事人,并不针对具体的案件,而在诉讼承继方面一定是针对具体案件(特定的诉讼标的)的当事人才可能是适格当事人,也只有适格的当事人才能承继具体的诉讼,仅仅具有抽象当事人资格或能力的当事人是不够的。

在诉讼系属中权利义务移转方面,现行《民事诉讼法》并没有作出相应的规定,而是通过司法解释予以规定,则显然也是不妥当的。权利义务移转的程序应对规范是诉讼法上十分重要的制度。当然这也是我国民事诉讼规范存在的老问题。由于权力的行使处于被动状态,立法机构常常将规范建构的任务推给司法解释者。司法解释成为法律规范的试验田,司法解释者成为规范的担责人。尽管存在这样的立法现实,笔者还是希望将如此重要的程序制度明确规定在《民事诉讼法》之中。

虽然现行的司法解释对权利义务移转的基本原则作了规定,但对于例外的规定以及程序细节上依然有所缺失。分析前述《民诉法司法解释》第249条的规定,可以看出对于权利义务移转的情形,最高人民法院采取了当事人恒定原则,但同时又规定受让人可以申请以无独立请求权第三人的身份参加诉讼。这样的规定从意图上讲,可以认为是为了保障和维护受让人的合法权利或权益。但问题是这样的解释存在一个不可忽视的矛盾,即一方面当事人之间的判决、裁定对受让人具有拘束力,同时该受让人又是无独立请求权的第三人。既然是无独立请求权的第三人,就无法与相关的当事人协调关系。一旦当事人与第三人主张不一致时,如何处理就是一个问题。如果按照辅助型第三人^[9]地位参加诉讼,则只能给予特定当事人(原告或被告)辅助,第三人必须依赖于当事人的意志。如此,反而形成与自己实体地位不一致的尴尬境地。在制度设计上,还不如模仿德国的做法,受让人(第三人)经诉讼双方当事人的同意,替代原一方当事人承继诉讼。^[10]

[8] 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(上)》,人民法院出版社2015年版,第639页。

[9] 关于无独立请求权第三人的类型,参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第160页。

[10] 参见我国台湾地区“民事诉讼法”第254条。

总之,无论是主体变更还是权利义务移转,我国在制度完善方面还存在较大空间,有进一步完善的余地。这些问题的存在与我们对实体变更的程序应对的认识不足有直接的关系,因此需要在理论上进一步予以探究,为制度建构提供更为扎实的理论基础。

三 诉讼系属中法律关系主体变更的程序应对

诉讼系属中法律关系主体变更,更准确地讲应该是主体因素变更的情形,因为除了当事人死亡、法人合并、分立之外,还有诸如当事人丧失诉讼行为能力、法定代理人死亡、信托受托人任务结束、当事人宣告破产等情形,其中有的情形并非会发生法律关系主体的变更。由于其原理大致相同,因此本文重点在于论述当事人死亡及法人合并分立以及相关情形,而不具体涉及其他主体因素变更的情形。

如本文前述所提到的,我国现行法在诉讼系属中主体变动的程序应对方面还存在较大的制度完善空间,就此,本文详述如下:

(一) 作为自然人的当事人的情形

具体地讲,表现在自然人方面就是法律规定未能充分顾全变更的主体范围,仅仅考虑了作为自然人的当事人民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力丧失的情形。实际上,由于法定代理人在诉讼中具有特殊的地位,代理没有诉讼行为能力的当事人实施诉讼行为,因此,如果法定代理人死亡也会关系到当事人的实体权益,影响诉讼的进程。由此,就必须将法定代理人死亡的情形纳入诉讼(程序)中止的法定事由。一旦当事人的法定代理人死亡时,诉讼(程序)中止,在法定代理人确定之后恢复诉讼。除了当事人自然死亡之外,还应包括法律上宣告死亡的情形,这一点在《民事诉讼法》中也应当予以明确。

尤值得一提的是,在当事人死亡的诉讼承继方面,还因为诉讼形态的不同而有所不同,具体分析如下:

首先,如果属于共同诉讼,则存在必要共同诉讼与普通共同诉讼两种不同情形。在必要共同诉讼的情形,共同诉讼人一人死亡或宣告死亡的,由于必要共同诉讼要求合一确定,所以诉讼程序必须中止,等待其继承人承继诉讼。如果系普通共同诉讼,共同诉讼人死亡或宣告死亡的,则仅仅中止与该共同诉讼相关的诉讼程序,其他共同诉讼人的诉讼程序并不中止。

其次,在有独立请求权第三人参加的诉讼中,由于实际存在两个诉讼——本诉(原告与被告之间的诉讼)与第三人之诉(针对本诉的原告和被告),因此,有独立请求权的第三人死亡的也仅终止该第三人参加的诉讼,本诉并不中止。无独立请求权第三人参加的诉讼情形稍微复杂一些。根据我国无独立请求权第三人制度,无独立请求权第三人实际上分为辅助型无独立请求权第三人和被告型无独立请求权第三人。辅助型第三人因为没有独立的诉讼请求权,也不承担实体义务,不是诉讼当事人,也就不存在相应的独立诉讼,无所谓诉讼中止的问题。而被告型第三人则因为可能承担义务,具有当事人的地位,在该第三人死亡时,诉讼应当中止,等待实体权利义务的承担人承继诉讼。

最后,我国民事诉讼法还设有代表人诉讼,由此也涉及诉讼代表人死亡时是否应当中

止诉讼的问题。在诉讼法理上,诉讼代表人代替被代表的当事人实施诉讼行为,被代表的当事人并不实施诉讼行为,因此,一旦诉讼代表人死亡,则诉讼应当中止,等待新的诉讼代表人承继诉讼。实践中可能存在两个诉讼代表人的情形,在这种情形下,如果诉讼代表人一人死亡的,是否应当中止是一个有争议的问题。笔者认为,因为代表人诉讼实际存在着两种类型——诉讼标的同一型和诉讼标的同种类型,^[11]于是诉讼代表人死亡的情形也就因类型不同而有所不同。如果是诉讼同种类型,诉讼代表人一人死亡的,仅中止相应的诉讼,其他诉讼并不中止,这种情形与普通共同诉讼相同。如果系诉讼标的同一型,则即使其中诉讼代表人一人死亡或宣告死亡也应中止诉讼程序。

应当特别注意的是,并非只要当事人死亡或宣告死亡,就一定要中止诉讼,等待继承人承继诉讼。作为例外,即使当事人死亡也不因此中止诉讼的情形如下:

其一,诉讼标的涉及的是人身性质,即作为诉讼标的的权利义务专属于特定人身的,则不会因为当事人死亡或宣告死亡中止诉讼,而是终止诉讼。因为权利义务专属于特定的人身,不存在继承的问题,也就没有必要中止诉讼、等待承继诉讼。^[12]属于人身性质的法律关系的争议,如关于婚姻关系的争议(离婚、婚姻无效)、亲子关系、收养关系、特定会员资格争议(会员资格可以继承的除外),也都会因为权利义务的人身专属性,一旦争议的一方当事人死亡或宣告死亡,诉讼即告终止。是否具有人身专属性,是否应当中止诉讼、等待诉讼承继,也需要根据具体案件的实体情况予以斟酌考量。例如,关于股东提起的请求撤销股东大会决议的诉讼,在该当事人死亡时是中止诉讼、等待承继诉讼,还是终止诉讼,就需要具体考量。这里涉及此类诉讼对于作为股东的当事人而言是否是专属性的。另外,比如要求确认高尔夫会员资格的确认诉讼,作为原告的当事人在诉讼系属中死亡时是否应当终止诉讼,也具有一定的争议,因为高尔夫会员资格也包含着一定的财产利益。一旦涉及财产权益就不能终止诉讼,需要中止诉讼,等待继承人承继诉讼。这一问题又涉及具体诉讼的当事人适格问题(即作为程序问题的当事人适格,这一问题比较复杂,因为德国和日本的理论有所不同,本文将在第四部分涉及),不同的案件,有不同的适格当事人。

其二,没有继承人承继诉讼或者法律上不允许的诉讼承继。还应注意的是,由于法律上规定,诉讼(系属)中当事人死亡是诉讼中止的法定事由。因此,容易给人一种错觉,一旦当事人死亡,诉讼当然应当中止。从诉讼法理上讲,当事人死亡当然中止诉讼(程序),但也还存在例外的情形。例如,诉讼系属中,当事人有诉讼代理人的,如果其诉讼代理权限为一般代理或概括代理的,即使当事人死亡,也没有必要中止诉讼。这是因为虽然被代理的当事人死亡(也包括当事人破产、当事人本人丧失诉讼行为能力、法定代理人变更等情形),但其诉讼代理人的代理权并没有因此而消灭。在诉讼中,诉讼代理人依据代理权依然可以主张权利,应对对方当事人的主张进行攻击和防御,因此无需中止诉讼。^[13]之

[11] 关于代表人诉讼的两种类型参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第154、155页。

[12] 参见[日]铃木正裕、青山善充主编:《注释民事诉讼法(4)裁判》,有斐阁1997年版,第543页。

[13] 参见[日]铃木正裕、青山善充主编:《注释民事诉讼法(4)裁判》,有斐阁1997年版,第208页;陈荣宗、林书苗著:《民事诉讼法(中)》修订第四版,台湾地区三民书局2005年版,第404页。

所以出现上述误识,与我们过去对委托诉讼代理人代理权的消灭事由的认识不够全面有关。在我国民事诉讼法学界,似乎存在一种较普遍的认识是,当事人死亡是委托诉讼代理人消灭的原因。一旦被代理人的当事人死亡,相应诉讼代理权即告消灭。^[14]既然诉讼代理权已经消灭,也就自然存在通过中止诉讼程序,等待承继诉讼的继承人,并由新的当事人确定是否需要代理人进行诉讼。这种误识的缘由有可能是基于人们对民法上代理权消灭的简单理解,而未注意到其例外情形所致。的确,我国《民法通则》第 69 条中规定了代理权的消灭原因之一,是被代理人本人死亡。但如果我们进一步深入就可以知晓,在双方约定代理权行使权限范围之后,即使被代理人死亡,只要尚未完成代理事项,代理权也并不因此而消灭。其原理在于,被代理人的意思表示发出之后,表意人死亡并不影响其生效。因此,被代理人死亡,原则上基础关系与授权行为效力依旧维持,代理行为所生权利义务转由继承人承受。^[15]因为是承继诉讼,所以在继承人承继诉讼之后,该诉讼代理人也依然是该继承人的代理人。如果新的当事人要撤销代理权则需要双方重新约定代理权。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 82 条规定了被代理人死亡后,委托代理人实施的代理行为有效的四种情形,其中就包括被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的情形。作为诉讼代理双方约定的一般代理权限通常是完成一审或一审及二审,特殊情形下可能还包括再审的诉讼代理权限。只要在这个约定的阶段范围内,即使被代理人死亡,代理权都不会因此而消灭。

当然,这里的诉讼代理限于一般代理或概括代理。如果其代理权限不是一般代理,只是特殊事项的代理,则因为代理权限的限制,不能实施一般的诉讼行为。此种情形下须中止诉讼,等待继承人承继诉讼。其诉讼代理权仅限于一审诉讼程序的,在一审诉讼程序中当事人死亡,无须停止。二审诉讼程序中,无诉讼代理人的当事人死亡的,应当中止诉讼程序。^[16]

其三,在当事人死亡或适格主体消灭之后,其权利义务承担者为诉讼的对方当事人(例如原告死亡,其权利义务由被告承担的情形)或者当事人死亡没有继承人的,前者因为当事人地位的混同(原告和被告为同一自然人或法人),后者因为无人承继诉讼使得诉讼归于終了,也就不会发生诉讼中止,已经中止的诉讼将转变为诉讼终结。

(二) 法人或其他组织的情形^[17]

与作为自然人的当事人死亡情形相同,作为法人或其他组织的当事人在诉讼系属中当事人适格消灭的,也存在诉讼程序如何应对的问题。如前所述,尽管我国民事诉讼法有相应的规定,但该规定存在着不够直接、明确的问题,对于这一点笔者不再赘述,需要进一步详细阐述的是法人合并及分立的问题。

[14] 江伟主编:《民事诉讼法》(第四版),高等教育出版社 2013 年版,第 116 页。

[15] 朱庆育著:《民法总论》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 357 页。

[16] 参见[日]铃木正裕、青山善充主编:《注释民事诉讼法(4)裁判》,有斐阁 1997 年版,第 208 页;陈荣宗、林书苗著:《民事诉讼法(中)》修订第四版,台湾地区三民书局 2005 年版,第 404 页。

[17] 由于其他组织合并与分立与法人的情形相同,本文不再重述。

首先,关于法人合并的情形。大陆法系国家如德国、奥地利、日本、韩国等国的民事诉讼法都明确规定,当事人死亡以及法人合并为诉讼承继的原因。但这只是一种原则性的规定,是否在这些国家存续合并(吸收合并)只是特殊情形,而新设合并为一般情形就不得而知了。由于合并存在存续合并(吸收合并)与新设合并两种情形。因此,是否发生诉讼中止以及诉讼承继也就需要根据具体情形而定。在存续合并(吸收合并)的情形,由于原来的法人依然存在,因此不会存在诉讼中止、等待诉讼承继的问题。但在新设合并的情形下,原来的法人不复存在,原来法人的权利义务为新设的法人所承继。这种情形下,就需要诉讼中止,等待新设合并的法人承继诉讼。需要注意的是,即使是法人通过合并,其主体消灭,但因为作为诉讼标的的权利义务关系的特殊性,不可能有新设法人或存续法人时,也不存在诉讼中止,而应当诉讼终止。例如,要求撤销股东大会决议的诉讼和确认股东大会决议无效的诉讼中,该股份有限公司通过合并已经消灭的情形。

其次,关于法人分立的情形。法人分立实际上也存在着存续性分立(吸收分立)和新设分立两种具体情形。如果仅仅是吸收分立,则因原法人依然存在,所以不存在原当事人适格的丧失问题,也就不存在诉讼中止、等待权利义务承担者承继诉讼的问题。如果涉及到分立后,新的法人与诉讼标的的权利义务关系,如分立之后新设的法人对对方当事人承担连带义务的,则分立之后的新的法人可以作为共同诉讼人参加诉讼。一个有意思的问题是,尽管从原理上讲,法人分立同样存在着原法人解散消灭的情形,也就意味着存在该法人实体权利义务承担的问题。但是在大陆法系各国(如德国、日本、韩国等)的民事诉讼法中均仅明确规定法人合并的情形,而没有规定法人分立的情形,在各种教材和法条注释书中也完全未提及法人分立与诉讼中止及诉讼承继的问题。笔者的推测是可能因为分立与合并的情形完全相同,因此没有必要专门规定和加以阐述。不过也有域外学者认为没有规定法人分立的情形是一种立法上的不足,因为法人合并与分立毕竟是两种不同取向的情形。

(三) 诉讼系属中法律关系主体变更的程序问题

1. 关于主体因素变更与诉讼中止的关系

一旦诉讼系属中发生法定的主体因素变更,诉讼程序便当然中止,等待相应的主体承继诉讼。但从现行《民事诉讼法》关于诉讼中止的规定和《民诉法司法解释》的规定来看,似乎关于主体因素变更的情形并不当然诉讼中止,而是需要法院作出裁定中止诉讼。《民诉法司法解释》第246条规定,裁定中止诉讼的原因消除,恢复诉讼程序时,不必撤销原裁定,从人民法院通知或者准许当事人双方继续进行诉讼时起,中止诉讼的裁定即失去效力。这一规定给人的印象是,是否中止诉讼是法院认定裁判的结果。但实际上,诉讼系属中法定的主体因素变更时诉讼当然中止,与当事人是否知悉主体变更的原因没有关系,既不需要当事人申请,也不需要法院对主体变更作出裁判予以认定。在诉讼法理上,这种诉讼中止被称之为“当然中止”。^[18] 诉讼程序当然中止是基于对当事人诉讼权利的维护

[18] 参见[德]罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第942页;[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第283页;陈荣宗、林书苗著:《民事诉讼法(中)》(修订第四版),台湾地区三民书局2005年版,第400页。

和保障。因此,当存在法定的主体因素变更的原因时,实际上并不需要法院裁定诉讼中止即具有诉讼中止的法律效果。换言之,在当然中止的状态中,所有当事人的诉讼行为和法院对本案的诉讼行为都不会发生法律效力。

法律规定之所以会出现这样的问题,原因主要在于现行民诉法和司法解释没有区别当然中止和裁定中止对应的不同情形。实际上,在《民事诉讼法》第 150 条规定的诉讼中止情形中,有些属于当然中止,例如当事人死亡、当事人丧失诉讼行为能力等;而有些则属于裁定中止的情形,例如,当事人一方因不可抗拒的事由不能参加诉讼,本案必须以另一案的审理结果为依据而另一案尚未审结等。当然中止的,一般都存在诉讼承继的问题,而裁定中止的,不存在诉讼承继的问题,而是诉讼续行的障碍事由。因此,中止后诉讼恢复的原因各有不同。在这一点上德国和日本的做法值得借鉴,在德国法和日本法中明确区分了这两种不同的情形。在法律上将当然中止的情形称为“诉讼中断”(也有人将德语 *Unterbrechung* 译为“程序中断”),而将裁定中止的情形称为“诉讼中止”(德语 *Aussetzung* 也有的译为“程序中止”)。无论是“诉讼中断”还是“诉讼中止”都属于诉讼停止这一上位概念之下的两类不同情形,这一区分很有必要在法律上加以明确规定。与当然中止不同,对裁定中止,法律上可以只作原则性规定,因为此种情形下是否中止原本就是法院根据具体情形裁量而定,各种裁定中止的具体条件或情形有所不同,因而没有必要对此作出具体规定,也往往难以规定。

2. 恢复诉讼进行的程序

我国现行民事诉讼法的一个有待完善之处就在于许多制度缺乏具体的运行程序。虽然看起来在制度建构方面简易化了,但却导致制度运行的随意性,难以体现程序的正当性。在实体变更的程序应对方面也是如此。因此,在制度完善方面加强制度运行程序的法定化,细化程序设置是程序法建设十分重要的一环。在细化程序设置方面,我们必须考虑诉讼中止之后,在承继诉讼条件成就的前提下设置什么样的程序来恢复诉讼。借鉴域外的程序规范,可以考虑以下程序设置:(1)已经中止的诉讼在承继人确定的情形下,承继人应当提出承继诉讼的申请,要求恢复已中止的诉讼。(2)申请的方式以书面申请为原则。申请书应当写明相关事项——申请人,申请人与原当事人的关系,最重要的内容是申请恢复诉讼的理由——主要是承继诉讼的原因和目的。(3)恢复诉讼的申请应当向诉讼系属的法院(审理此案的法院)提出。为了保障程序正义,以便在第一时间了解新的当事人的情况,申请书也应当送达给对方当事人。(4)法院应对申请书进行审查。有必要询问的,可以对承继人进行询问;认为无理由的,裁定予以驳回。对该裁定不服的,国外一般规定的救济程序为抗告。^[19]在我国,可以采取类似抗告的复议程序,同时可考虑增设本法院复议审查制度。(5)承继人没有申请恢复诉讼的情形下,考虑到诉讼效率,法院在知晓权利义务承担者已经确定的情形时,可以依据职权裁定恢复诉讼程序。继承人为自然人时需要询问是否承继诉讼,承继人表明承继诉讼的,可依职权裁定恢复诉讼程序。

[19] 参见[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第285页。

四 诉讼系属中实体权利义务移转的程序应对

诉讼系属中实体权利义务发生移转^[20]也是民事诉讼实践实际存在的情况。由于我国实体法也没有禁止诉讼系属中实体权利义务的移转,^[21]因此,也就必然面临着在诉讼中如何应对的问题。

(一) 两种不同的处理原则——当事人恒定原则与诉讼承继原则

当法律不再禁止在诉讼系属中移转实体权利义务关系时,对于这种移转在程序上应当如何处理,就有了两种不同的处理原则或基本态度——当事人恒定与当事人承继(诉讼承继)。两种不同取向分别称之为“当事人恒定主义”和“诉讼承继主义”。由于无论采取何种主义,在制度上都没有将其绝对化,均保留了例外情形,仅仅是一个原则。因此,人们将这两种不同取向分别称为“当事人恒定原则”和“诉讼承继原则”。所谓当事人恒定原则,是指在诉讼系属中即使实体权利义务发生移转,权利义务移转给诉讼外第三人后,诉讼当事人也不会因为实体权利义务的移转发生变更。采当事人恒定原则的典型代表是德国。与此不同,所谓诉讼承继原则,是指当诉讼系属中实体权利义务发生移转的,随着权利义务的移转,诉讼当事人也发生相应的变更。接受移转的人成为新的当事人承继原来的诉讼,原当事人的诉讼行为对变更后的当事人具有约束力。因为涉及到诉讼承继,所以相对于当事人消亡等发生的诉讼承继,前者称为“特定诉讼承继”,后者称为“概括承继”。^[22]采取当事人恒定原则的国家在例外情形下——原双方当事人同意的情形下受让人可以成为当事人,此时便存在特定诉讼承继。日本是采诉讼承继原则的代表。

诉讼系属中实体权利义务移转时,简单地在当事人恒定原则与诉讼继承原则之间做选择是不可取的。无论是采取当事人恒定原则,还是诉讼承继原则,各国在具体制度的设

[20] 诉讼系属中实体权利义务移转,学术上有多种表述。日本学者使用“系争物转让”、“诉讼标的转让”、“权利义务关系转让”等说法。在我国台湾地区的“民事诉讼法”中表述为“诉讼标的之法律关系”,学者也有表述为“系争物转让”等说法。在德国民事诉讼法中,法条表述为 die in streit befangenesache,可以译为“让与系争物”或“转让系争物”。国内有人将系争物译为“涉讼物”。在德国理论上认为,这里所谓的“物”,不仅指有体物,也包括权利,还包括无形财产权,参见[德]罗森贝格、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第731、732页。综合德国、日本、我国台湾地区的理论(台湾地区学者陈荣宗先生对此有比较详细的说明,参见陈荣宗:《诉讼系属中当事人让与系争物所引发之法律问题》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(五)》,台湾地区三民书局1996年版,第146、147页)和判例实务,概括地称为权利义务的转让,大体上是可以的。

[21] 罗马法就严格禁止系争标的物的转让,违反者将课以罚金,而德国普通诉讼法虽也禁止转让,但已不再处以罚金。参见[日]上野泰男:《法定当事人变更总论(上)(下)》,《判例时报》第313、314号,第46页。转引自[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第388页。根据笔者掌握的资料显示,现在各国均不禁止诉讼系属中系争标的物的转让或权利义务的移转。

[22] 参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第388页。也有的人将概括诉讼承继称为“一般继承”(应直译为“一般承继”),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(上)》,人民法院出版社2015年版,第639页。“一般承继”一词在日本兼子一教授的著名论文《诉讼承继论》中曾使用过。但一般承继这种表述至少在中文语义上有些不妥,因为概括承继并不针对特定的诉讼标的,特定承继是针对特定诉讼标的的,而一般承继对应的通常是特殊承继才更为妥当。现在日本的相关论文中已鲜有使用“一般承继”的表述。

计和运行的实际操作方面都有所不同。实际上,采取当事人恒定原则的国家与采取诉讼承继的国家都会尽量考虑如何避免这些原则所存在的不足,在制度设计上采取各种能够补充或平衡的措施。在大陆法系诉讼制度的设计上,最为精细的无疑是德国,后有效仿者日本,这两个国家恰恰是两种原则和制度的代表。因此我们有必要对这两个国家的相应制度及机制做一个考察。

1. 德国法

其一,按照当事人恒定原则,诉讼系属中,原则上权利义务关系移转的当事人不因权利义务关系主体的变更而变更,尽管争议的权利义务关系已经在诉讼中发生了移转,但接受权利或义务的第三人也不能作为当事人,也不能因为争议的权利义务关系发生移转,而判决原告败诉。接受权利义务的第三人也不能对争议的权利义务另行诉讼,否则构成重复诉讼。应当注意的是,当我们将德国法中实体权利义务关系变更的程序应对作为一项法律技术来考察时,就需要从具体制度层面完整地来加以理解,而不能仅仅限于对原则的表述。

这里需要了解两个有些相似但含义不同的基本概念——“诉讼实施权”与“本案适格”。在德国,诉讼实施权是成为当事人的基本具体条件(民事权利能力是成为当事人的抽象条件),没有诉讼实施权便不能作为当事人,丧失诉讼实施权即丧失当事人地位。这里还需要进一步解释诉讼实施权为什么不随实体权利义务关系的转移而转移,这与德国的诉讼实施权理论有关。在德国,诉讼实施权与当事人适格是严格区分的两个概念。当事人适格属于诉讼的正当性范畴,其正当与否的判断属于实体问题,是一种实体资格的问题,与实体上的请求权有关,享有请求权的主体是适格原告,相对方是适格被告。诉讼实施权属于诉讼的合法性范畴,通常由争议法律关系主体享有,但也不尽然,诉讼实施权有时与实体法律关系没有直接的关联,在无关联的情况下依然享有诉讼实施权须有法律的规定。^[23] 在这一点上,日本的观点与德国有所不同。就日本学者看来,诉讼实施权等同于当事人适格(正当当事人)。^[24] 但日本将当事人适格作为诉讼要件而非实体资格。这一差异导致在裁判结果和方式就有所不同了。在德国,当事人不适格的,判决驳回诉讼请求;在日本,当事人不适格的,法院以决定(相当于我国的裁定)驳回诉。根据日本民事诉讼法,不符合诉讼要件(实体判决要件)的,以决定的裁判方式驳回诉。^[25] 我国的主流观点受日本理论的影响,也将当事人适格看成是程序问题,而非实体问题。通常认为,当事人适格与否与实体法律关系有着内在关系,一般情形下,不是法律关系的主体就不是适格的当事人,特殊情形下虽不是法律关系主体也是适格当事人。^[26] 另外,尽管实体权利义务已经移转,出让人依然拥有诉讼实施权的另一个理论或制度上的根据是所谓“法定诉讼担当”。所谓法定诉讼担当,是指法律规定当然为第三人担当诉讼的情形。该诉讼担

[23] 参见[德]罗森贝格、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第286、287页。

[24] [日]伊藤真著:《民事诉讼法》第4版补订版,有斐阁2014年版,第181页。

[25] 参见张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004年第6期,第64页。

[26] 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第四版),高等教育出版社2013年版,第98页;张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第138页。

当事人并非实体权利义务的主体,而是基于法定的权限或诉讼政策的需要。^[27]

诉讼系属中实体权利义务关系移转时,虽然原当事人的诉讼实施权依然保留,但对原告是否需要变更诉的声明存在着不同的认识。德国通说认为,实体权利义务关系移转的,需要区分原告让与(转让)与被告让与(转让)的情形,原告让与的,需要变更诉的声明,变更为要求被告向继受人履行义务;被告让与的,无需变更诉的声明。不同的见解认为,无论何种情形都不需要变更诉的声明。只要原告主张的权利义务关系实际存在,原告就应当胜诉,相反则被告胜诉。前者的观点被称为“影响说”,后者被称为“无影响说”。^[28]

其二,考虑到纠纷解决的实效性,德国法明确规定,确定判决对权利义务关系的承受人(继受人)具有既判力(德国民事诉讼法第325条)和执行力(德国民事诉讼法第727条)。因为承受人(继受人)代替了被承受人(被继受人)的法律地位,这种针对承受人(继受人)的既判力和执行力与针对当事人的既判力和执行力没有任何区别。在德国法上,诉讼承继包括了权利承继、义务承继和后位承继三种情形。在权利承继的情形下,既判力延伸至承继人没有争议,义务承继时,既判力是否及于承继人则存在争议。通常认为债务继受与权利整体继受同时发生时,既判力应当及于义务继受人。^[29]

其三,在双方当事人同意的情况下,接受权利或义务的第三人可以作为新的当事人承继原来的诉讼。这一规定可以看作是当事人恒定的例外,也可以视为以诉讼承继为补充。因为根据当事人恒定原则,接受权利或义务的第三人原则上是不能作为新的当事人承继原来的诉讼。不过,一方面,如果死守该原则将不利于纠纷的实质性解决;另一方面,一旦承认当事人之间诉讼契约的合法性,自然就应允许通过当事人之间的诉讼契约对该原则予以变通。

其四,需要注意的是,权利移转要发生当事人恒定的法律效果,必须要满足两个基本条件:一是,权利移转必须是在诉讼系属中。如果是在诉讼系属之前发生的移转,出让人依然以原告资格起诉的,法院将予以驳回。二是,需要根据实体法的规定,权利变更的条件全部存在。^[30]

2. 日本法

众所周知,日本法主要移植了德国法,日本学者也一直称德国法为母国法。不仅法律,在法学理论方面也是如此,在民事诉讼法方面大体上亦是如此。但日本法也并非完全

[27] 关于法定诉讼担当,参见[日]三月章著:《民事诉讼法》(第二版),弘文堂1986年版,第236页;[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第208、209页。不过,在日本法中,实体权利义务移转并不属于法定诉讼担当的情形。如果有法律规定,则可以法定诉讼担当予以说明。当然,这种说明可能是最没有直接说服力的说明。法律就是这么规定的,这样的解释显然过于粗暴。

[28] 参见[德]罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第738、739页;[日]兼子一:《诉讼承继论》,载《民事法研究第一卷》,酒井书店1950年版,第118-122页;陈荣宗:《诉讼系属中当事人让与系争物引发之法律问题》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(五)》,台湾地区三民书局1996年版,第182、183页。

[29] 参见[德]罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1175-1178页。

[30] [德]罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(第16版),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第735页。

照搬德国法,在有的制度和理论方面,日本亦有所差异。差异的原因在于日本顾及了本国既有社会、文化和制度环境与需求。在民事诉讼方面比较突出的就是实体权利义务关系移转的程序处理方法上。对此,日本与德国在制度的结构上有了较大的差异。一般认为日本的态度与德国对立,原则上为诉讼承继,而非当事人恒定。日本学者兼子一的研究认为,实际上,日本旧民事诉讼法在对待这一问题时,并没有明确规定采取何种原则或者对于采用什么原则并没有明确意识。一开始是类推适用当事人死亡的诉讼承继的规定,认同权利义务移转之后,对方可以将继受人作为当事人继续进行诉讼。后来,则是基于判决以口头辩论终结时的资料为基础这一既定的原则。根据这一原则,一旦系争标的物发生转让,诉讼请求将被驳回。在共同诉讼的情形下,如果承继人作为共同诉讼人之一没有参加诉讼时,共同诉讼的纠纷就只有部分得以解决,因为裁判需要以口头辩论终结时的资料为基础。于是为了避免这一缺陷,日本旧民事诉讼法才不得已采取了诉讼承继原则。也就是说,之所以采取诉讼承继原则,并非完全意识到当事人恒定原则的缺陷,而是为了与现存的制度配套。^[31] 后来,日本学者才意识到当事人恒定原则导致诉讼上的当事人与实体上权利人不一致,使得作为出让人的当事人没有诉讼的积极性和主动性,且受让人作为利害关系人因为不能行使当事人的诉讼权利,使得其实体利益不能得到充分的维护。因此,日本民事诉讼法才明确采取与当事人恒定不同的诉讼承继原则。在日本新民事诉讼法修订中,该法第 49 条至第 51 条对诉讼承继原则及制度作出了框架性规定。另一方面,虽然日本人坚守了诉讼承继原则,但也意识到该原则存在诸多缺陷,并尽可能通过其他制度予以调整。因此,我们在看待和理解日本在实体权利义务移转的程序应对方面,也不能仅仅局限于诉讼承继的原则表述,需要从制度、判例甚至理论解释的整体来看待。日本的制度设计有两点需要我们注意:

其一,根据日本民事诉讼法的规定,诉讼系属中权利义务移转的,受让人成为新的诉讼当事人继续进行诉讼的,要受到此前诉讼状态的拘束。在理论上,一般认为随着实体权利义务的转移,原当事人即丧失当事人适格,接受权利义务的第三人具有当事人适格。如果出让人继续作为当事人进行诉讼,则将因为当事人不适格,导致该诉被驳回。^[32] 依照日本的当事人适格理论,通常情形下适格当事人就是法律关系主体。只有那些“对请求的妥当与否最具有利害关系且最为关注的人才是适格的当事人”。^[33] 例如主张请求权的原告并不要求就一定是原告,只要主张请求权就是适格的原告,被请求的相对方就是被告。^[34] 当法院查明该原告实际拥有实体请求权时,该原告是本案适格原告。按照大陆法系的理论,本案适格是诉讼中的实体问题,而非诉讼中的程序问题。法院在两种不适格的

[31] [日]兼子一:《诉讼承继论》,载《民事法研究第一卷》,酒井书店 1950 年版,第 131、132 页。

[32] 对此,高桥教授认为这种认识是不准确的。因为债权出让之后,出让人和受让人也都是适格的当事人。权利归属与否并不是当事人适格的问题,而是本案实体判决的问题。参见高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 389 页。由此可以看出在这一点上,高桥的观点更接近于德国的学说。

[33] [日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 207 页。不过,对于什么是最具有利害关系且最为关注的人,就有很大的解释空间。笔者认为这一定义也可能大大减低了当事人适格这一概念的实际意义。

[34] 参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 389 页。

处理上也有所不同:经审理查明不是本案适格当事人的,应当以判决驳回;在审理中查明当事人不是适格当事人即没有诉讼实施权的,当事人时应当以诉讼裁判(在日本为决定)驳回。^[35]显然,按照日本当事人适格理论,与移转的权利义务最具利害关系且最为关注的人应该是权利义务的受让人。这种认识很好地解释了诉讼承继原则下的当事人适格,但也可以说这种理论只是制度说明的需要。

在日本法上,受让人承继诉讼分为两种类型——参加承继与引受承继(承受承继)。参加承继是受让人主动承继诉讼;引受承继是受让人被动承继诉讼。日本法将承继人作为独立当事人参加的方式进入诉讼。问题就在于,毕竟独立当事人参加制度与诉讼承继有所不同。作为独立当事人参加制度,原告、被告与参加人三方具有独立的当事人权利,形成的是三角诉讼。诉讼承继只有两方具有独立的当事人权利,受让人要受转让前诉讼状态的约束,而独立的当事人参加并不受移转前诉讼状态的约束,形成的是直线诉讼。为了解决这一问题,日本实务的做法是通过法官行使释明权让转让人退出诉讼,即使不退出诉讼,也不作为权利主张来处理。

其二,由于诉讼承继存在着发生权利义务移转之后,在受让人不参加诉讼的情形下,对方当事人也无法让受让人承继诉讼。因此,为了避免这一缺陷,日本法规定,原告方可以使用假处分^[36]的方法(例如禁止转移占有的房屋),以防止由于被告变动所产生的不安状态。这种做法在一定程度上实现了有条件的当事人恒定的效果。但日本的制度不足在于,被告并没有被赋予使用假处分的权利,同时,要求作为出让人的原告对受让人实施假处分也将危及双方之间的信赖关系。

(二)中国法的选择、制度构建与完善

以2012年《民事诉讼法》修正为契机,最高人民法院其后又通过《民诉法司法解释》,增加了许多《民事诉讼法》中缺失的诉讼制度,其中就包括实体权利义务移转的基本应对原则。从《民诉法司法解释》第249条第1款规定来看,我国明确采取的是当事人恒定原则。遗憾的是,我们看不到该司法解释选择当事人恒定原则的具体理由。在前述最高人民法院编著的《民事诉讼法司法解释理解与适用》一书中也只是指出了当事人恒定原则与诉讼承继原则各有优劣,但并没有说明采取当事人恒定原则的理由。笔者推测,之所以《民诉法司法解释》采用该原则,也许与我国台湾地区也采用该原则有密切关系。在处理诉讼系属中实体权利义务移转的程序应对问题上,笔者支持采用当事人恒定原则。理由如下:

其一,从两个原则的目标取向来看,当事人恒定原则更有利于程序安定,不会因为实体权利义务关系的移转使得诉讼程序处于不安状态,有利于促进和活跃经济交易活

[35] 参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第390页。

[36] 假处分是大陆法系国家和地区保全制度中的一类措施,其目的在于保全金钱债权之外的债权。假处分保全的客体包括物和权利。保全方式包括可命令债务人为一定行为或禁止债务人为一定行为,也包括命令债务人向债权人为一定给付。除此之外,还可以作出让债务人以外的人,如保管人对所保管标的物实施处分行为。参见《日本保全法》第24、52-57条。通过比较可以看出,日本的假处分包括了我国民事诉讼法中的行为保全,但并不等同于行为保全,因为该行为保全仅限于债务人或义务人。

动。^[37] 如果采用诉讼承继原则,则可能因为实体权利义务关系的一再变动而导致诉讼程序的不断变动,这不仅造成诉讼迟延,且有可能使权利人难以充分实现其权利。在转移义务的情形下,有可能不仅实体义务不能履行,甚至可能连案件受理费都不能支付。如同有些学者对《民法总则》第 67 条第 2 款但书的担忧和疑虑一样。^[38] 从我国的社会环境来看,由于社会诚信基础比较脆弱,诉讼承继原则的这一弊端更容易在这种环境下被放大和发酵。因此,制度移植的一个主要考量因素就是受移植的环境,这一点是我们必须要注意的。

其二,不可否认,当事人恒定原则存在着权利义务转移人在权利义务移转之后丧失诉讼的积极性,有可能影响受让人的利益,但这一缺陷可以通过其他措施予以弥补或修正。像德国采取的在经双方当事人同意的情况下,受让人可以承继诉讼,实际上将诉讼承继原则作为了当事人恒定原则的修正和补充,再加上实体法的具体限制,这一问题在较大程度上得以解决。

其三,选择当事人恒定原则,还是诉讼承继原则,需要考虑适用国家的制度结构、实际运行效果、制度与理论契合的程度。从笔者对德国和日本两国的相应情形来看,应当承认德国的制度结构更加严谨和完善,实际运行情形也比较顺畅,理论契合程度较高。反观日本,在制度设计上缺乏整体性,制度间契合度也差强人意。比如前述提到,将诉讼承继人作为独立当事人参加、假处分适用的片面性(假处分适用需要提供担保,这就必然给当事人增加诉讼负担)、缺乏告知实体权利义务移转的程序和手段^[39]等。对诉讼承继制度,日本主流学者批评甚多。^[40] 虽然日本学者也提出了诸多可以完善的建议,^[41]且可以通过解释论、判例予以弥补,但一方面,由于某些问题属于结构性的,因此弥补起来非常困难,^[42]有一些对策性措施针对诉讼承继的缺陷是有效的,但对策本身又会引发其他副作用,例如预告登记制。^[43]而有些对策实际上就已经彻底转向了当事人恒定原则。^[44]另一方面,过多的解释使得制度操作变得非常复杂,也容易发生冲突。在我

[37] 参见刘敏:《论民事诉讼中当事人恒定原则的适用》,《法商研究》2016 年第 5 期,第 119 页。

[38] 该款规定,“法人分立的,其权利和义务由分立后的法人享有连带债权,承担连带债务,但是债权人和债务人另有约定的除外。”问题在于,由于是在债权人与债务人之间约定,这就有可能约定由债务人承担全部债务,从而摆脱连带债务。这样一来,与分立前的法人有债权债务关系的债权人的债权就可能难以实现,因为通过约定,有履行能力的债务人通过约定不再承担债务,由新的债务人承担,但实际上承担债务的法人有可能根本没有履行能力,即金蝉脱壳之计。

[39] [日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 408 页。高桥教授指出此乃日本诉讼承继制度的重大缺陷。

[40] 参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 388 - 393 页。

[41] 新堂幸司教授就指出,在诉讼承继之前可以维持原来的当事人为承继人实施诉讼权能,以当事人恒定原则予以修正。参见[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 597 页。

[42] 正因为如此,也有一些日本学者主张放弃诉讼承继原则改为当事人恒定原则。参见[日]比野泰久:《当事者恒定主义导入的必要性和问题点》,《民訴雜誌》1994 年第 40 号。

[43] 预告登记是为了避免假处分适用的担保,因为预告登记是由法院依职权作出的,无须担保,一旦登记就具有与假处分同样的作用,限制了占有物的转移。但预告登记制度只能适用被告的情形,适用范围有限。

[44] 无论是否存在预告登记,如果受让人于诉讼系属中为恶意,则视为受让人已令出让人为诉讼担当。但如果适用,对其恶意的证明是一个相当大的问题。参见[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社 2007 年版,第 410、411 页。

国目前司法环境和司法水平还有很大提升余地的现实境况之下,这一点也是需要注意的。虽然在理念上,诉讼承继原则坚持了实体权利义务主体与诉讼当事人的一致性,相反,当事人恒定原则有分离之嫌,但一致与分离的优劣评判标准取决于实现实质正义与程序正义的实际效果,而非观念上的预设。

诚然,我们有充分的理由选择当事人恒定作为实体权利义务移转的程序原则,《民事诉讼法司法解释》也明确采取了这一原则,但并不意味着我们在制度建构方面已经完成,可以高枕无忧。实际上在程序应对的制度建构方面,我们还有许多事情需要做,尤其是相应制度的配套。

首先,需要建构完善判决效力制度。在判决效力制度方面须与当事人恒定原则形成契合。这方面主要是既判力制度,没有完善的既判力制度,当事人恒定原则无法运行。仅仅从现在司法解释关于判决效力表述的不当,就可以看出现行判决制度的不足。《民事诉讼法司法解释》第249条中的“发生法律效力”这样的表述源于现行《民事诉讼法》。但实际上未确定的判决也是有效力的判决,只不过没有既判力、执行力而已,完善的判决制度就必须明确有既判力的判决必须是确定的判决。

其次,在无独立请求权第三人追加方面也需要加以调整。按照民事诉讼处分原则,应当在权利人请求的情形下才能追加第三人,而非依职权追加,因为该第三人必定是被告型、义务型第三人。

再次,更重要的是完善对利害关系人的程序保障。如本文前述所言,我国在制度建构方面往往只是搭建一个初步框架,缺乏具体的程序予以支撑,这一问题在民诉法司法解释中也同样存在。因此,我们需要完善的一个重要方面就是明确设定具体的程序。笔者认为,在程序建构方应包括以下内容:

其一,双方同意由第三人承继诉讼的,应向法院提出承继诉讼的申请,由法院进行审查。如果一方不同意第三人承继诉讼的,出让的当事人或受让人可以请求法院裁定受让人承继诉讼。对裁定不服的,可以申请复议。

其二,当事人恒定制度最需要考虑的是,如何保障实体权利受让人的程序和实体利益。具体问题是使得受让人能够知晓诉讼系属的存在。在这方面可以考虑,作为争议的权利在取得、设定、丧失或变更依法进行登记的,当事人起诉又合法时,法院可以根据当事人申请发给当事人已起诉的证明(法院开出证明前应给予当事人陈述的机会),当事人可依此证明要求权利登记机构记载诉讼系属的事实。在辩论终结前,对方当事人可以就此提出异议。辩论终结后,可以要求登记机关撤销前项登记。这一做法的目的就是为了让受让人能够知晓诉讼系属的情形,以避免因主张善意取得而发生争议。^[45] 在权利义务移转之后,如果没有人主张承继诉讼,便可以推定受让人已委托出让人,使得最终确定判决对受让人的拘束具有了充分的正当性。在这一方面,我国台湾地区的相关制度具有

[45] 关于诉讼系属中,受让善意取得时,是否应受既判力的约束,在台湾地区理论和实务上存有争议。比较有说服力的观点是,善意取得者可以阻断既判力,其主要理由是不能因为追求诉讼效率而架空民法上善意取得制度的立法目的。参见姜世明著:《民事诉讼法》(第5版),台湾地区新学林股份有限公司2016年版,第439、440页。

借鉴意义。^[46]

最后,还需要注意的是,当事人恒定制度以及适用的效果并不仅仅取决于程序法的规定,也取决于实体法——民法、商法等,因为只有实体法才会具体考量什么情形下当事人适格不因为权利移转而丧失。正如笔者曾经提到的,原则上相对特殊的、具体的程序性规范应考虑规定在实体法中;相对一般的、抽象的程序规范则规定在民事诉讼法中,即程序法与实体法对于程序规范的所谓“特殊与一般分配法”。^[47]

五 结 语

上述研究和论述表明,无论是诉讼系属中的主体变动,还是客体变动,都需要在程序的建构和运行上有科学、合理的应对,否则难以实现人们对实体正义和程序正义的追求。

对于诉讼系属中的主体变动,我国目前在《民事诉讼法》的立法层面虽有相应的规范和制度,但囿于当时纠纷现实、程序法意识和观念以及实践积累的欠缺和理论研究的局限,在其制度设置和认识方面尚存在诸多不足和误识,还有较大的完善和提升空间,制度设置的不合理以及相应程序的缺失是其突出问题。在制度设计的认识上,尽量简单化或简易化成为指导理念上的一道障碍。同时调解方式特有的“大写意”传统意识阻碍了我们对诉讼解决方式实现程序正义的精细化研究和应对。越来越复杂的纠纷实践,以及越来越高的实体正义与程序正义实现的要求,已经不允许我们再以简单、粗放的态度来加以对待,细化程序应对是现代程序法治建设的基本内容。欲使社会能够深切感受到具体的实体正义和程序正义,就必须首先要求在制度上能够有相应的设置,程序设置的细化和合理化必然要求有深入扎实的理论研究作为基础。本文在这一问题上的研究和阐述既有立法论的立场,也有解释论的角度,包括澄清一些人们认识上的偏差和误识,例如关于当然中止与裁定中止的差异以及相应的处置。

对于诉讼系属中的客体变动,现行《民事诉讼法》没有对诉讼系属中客体变动的程序应对作出规定,最高人民法院也只是在 2015 年民诉法司法解释中才明确客体变动的程序应对基本框架,实践中的问题还无法在公开的裁判文书中显现。因此,本文更多地立足于立法论,从比较法的视角、程序保障的理念、诉讼制度的原理以及我国的诉讼环境和文化等方面进行研究,对客体变动的程序应对的两种基本取向、原则及制度——当事人恒定和诉讼承继进行了比较研究——从制度的基本结构到理论构成,论证了选择当事人恒定原则的相对合理性。这种选择是基于对域外既有制度的结构原理以及实际运行效果作出的判断。本文研究过程中的一个启示是,对于一项制度的建构必须考虑周边制度的关联性,如果仅仅单纯考虑迁就既有的制度环境,不作任何调整就可能作出不当的选择。因此,在建构一种新的制度时,如何考虑与既有周边制度的协调与整合是制度建构的重要内容,

[46] 相关介绍和论述参见姜世明著:《民事诉讼法(上)》(第 5 版),台湾地区新学林出版股份有限公司 2016 年版,第 450、451 页。

[47] 参见张卫平:《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》,《法学研究》2016 年第 1 期。

简单迁就式地将新制度嵌入既有制度的环境之中,就有可能导致制度建构时存在基础性缺陷。在处理这一问题上,人们所面临的最大困难是相关的制度调整问题。如果没有体系化的整体布局和合理的基本原则作为指引,这种情形就很有可能经常发生。我国的第三人撤销之诉可以说是一个典型例子,即将诉讼外第三人对确定判决的撤销请求权与既有第三人制度简单挂钩,导致了该制度合理适用的困难。

诉讼系属中主体变动和客体变动的程序应对虽然不是民事诉讼法理论研究中的最基础性问题,不是理论研究的“宏大叙事”,但却牵动到诸多制度和理论,例如当事人制度和理论、诉讼标的理论、既判力制度和理论、实体请求权的构成、诉讼政策和诉讼目的等,往往是牵一发而动全身。这类程序问题虽然在实践中实际存在,实务工作者也会运用自己的智慧灵活地予以处置,但因为程序问题的处理不容易在公开的裁判文书中反映,这就增加了研究的困难,这一点也是阻滞我国程序法理论发展的一大障碍,本文对此的研究也因此尚有不足。本文也还只能是就这一问题研究的前导,仅为引玉之砖,希望能够引起理论界和实务界对这一问题的充分关注,提出更加具有建设性的意见和观点。

[Abstract] Entity alteration in the action dependence system is one of the important basic theoretical issues of civil procedure law, yet few researches have been carried out on this issue and there are even some misunderstandings or errors about it in China. Entity changes in the action dependence system can be divided into two main categories: subject change and object alteration. With respect to procedural response to subject change, there are many problems in the current Chinese system, such as unreasonable institutional setup and absence of necessary procedures; the concrete form of lawsuit succession resulting from the death of a natural person should vary from case to case. However, with respect to the merger and division of the legal person, there are no legal provision on the separation of legal person and the suspension and succession of lawsuit in continental law countries. With respect to procedural response to object change, Germany and Japan have adopted two different systems with different orientations: the privy forever principle and the suit acceding principle. In light of the Chinese theory and practice, it is reasonable for China to adopt the privy forever principle while at the same time enriching and improving the related institutional framework as well as the form and theory of main procedure. In a word, both theorists and practitioners in China should carefully study the procedural response to entity alteration in the litigation system from the point of view of both procedural law and substantive law, and further consider how to coordinate and integrate this system with other related systems.

(责任编辑:姚 佳)