

# On the Reflection and Perfection of China's Specific Succession System

Chengzhe Zhang

Law school of Ningbo University, Ningbo Zhejiang  
Email: 379207502@qq.com

Received: Dec. 17<sup>th</sup>, 2019; accepted: Jan. 3<sup>rd</sup>, 2020; published: Jan. 10<sup>th</sup>, 2020

---

## Abstract

As an important civil procedure system, litigation succession system has its independent value. Based on the introduction and analysis of the theory and system of "Party Invariance" in Germany and "Litigation Inheritorism" in Japan, this paper reflects on the current situation and absence of specific inheritorism in China, so as to choose the path that best fits China's cultural and legal values for the whole construction of litigation succession system, and improve the program design and system guarantee in our country's specific succession system.

## Keywords

Litigation Inheritance, Party Invariance, Litigation Inheritorism

---

# 论我国特定承继制度的反思与完善

张成哲

宁波大学法学院, 浙江 宁波  
Email: 379207502@qq.com

收稿日期: 2019年12月17日; 录用日期: 2020年1月3日; 发布日期: 2020年1月10日

---

## 摘要

诉讼承继制度作为一项重要的民事诉讼制度,存在着其独立的价值。本文在对德国“当事人恒定主义”和日本“诉讼承继主义”的理论、制度进行介绍分析的基础上,反思目前我国在特定承继制度上的现状和缺失,从而为我国诉讼承继制度的整体构建,借鉴选择最契合我国文化和法律价值观的路径,并针对我国特定承继制度中程序设计和制度保障的缺陷进行完善。

## 关键词

诉讼承继, 当事人恒定主义, 诉讼承继主义

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

由于我国社会主义经济的不断发展, 社会交易活动也日益频繁, 随之而来的是, 当事人在诉讼系属中移转实体权利义务的情形也不断发生。从总体上看, 目前特定承继这一领域的研究尚不够深入系统, 理论界的探讨相对甚少, 仅局限于对“当事人恒定主义”和“诉讼承继主义”这两种立法模式进行优劣比较; 司法实务中由于现行条文过于简易, 配套制度也并不完善, 因此对于此类问题的处理也较为紊乱。因此, 有必要对我国特定承继制度进行反思, 并提出相应的完善对策。

## 2. 特定承继制度的内涵

### 2.1. 特定承继的概念

诉讼系属中, 所谓诉讼承继是指在诉讼系属中, 当事人基于一定的法律事实将涉诉民事权利义务转移给案外的第三人的制度。诉讼承继有概括承继与特定承继之分。概括承继是指因一定法定事实的发生所导致的原当事人丧失民事权利能力, 此时期望其继续诉讼已不可能, 只能暂时停止正在进行的诉讼程序, 等待新的适格当事人出现并继续该诉讼的一种处理方式。相对于概括承继, 特定承继是指当事人于诉讼系属中, 当事人一方将作为诉讼基础的实体权利义务或者作为诉讼标的之权利关系的标的物让与或者移转第三人之情事, 其引起权利义务转移的原因系当事人与案外人的合意, 而非来源于法律的直接规定。狭义的诉讼承继指的就是这种特定承继[1]。

### 2.2. 特定承继的适用效果

#### 2.2.1. 诉讼行为和诉讼状态的承继

诉讼状态是当事人就其实体权利, 通过其诉讼主张而达到的状态。诉讼负担迫使当事人实施诉讼行为而防止诉讼上的不利, 而这些诉讼行为又形成了当事人在各个诉讼阶段的诉讼状态, 并影响着最终判决既判力的形成。无论是在“当事人恒定主义”还是在“诉讼承继主义”下, 适用特定承继就意味着如果移转人退出诉讼, 受让人作为新当事人继续进行诉讼, 则出让人所为的诉讼行为及其形成的诉讼状态继续有效, 这也是特定承继的独特之处, 也可以说, 诉讼状态的继承正是诉讼承继制度的重点[2]。在适用特定承继后, 新当事人原封不动地承继移转人在诉讼状态上的地位, 法官以此来进行对方当事人与受让人之间的审判。

之所以要求受让人必须承继先前的诉讼行为和诉讼状态, 原因有二, 其一为程序安定性的要求, 诉讼程序的安定性和稳定性有赖于诉讼行为不随便被撤销, 诉讼行为不被附停止条件等要求。其二为当事人行使自由处分权的体现, 适用特定承继的前提是受让人知晓诉讼系属, 也就知晓受让的权利义务上已经进行的诉讼行为和形成的诉讼状态, 其仍然选择承继, 也就是其自愿选择承担该诉讼行为与诉讼状态。具体表现为: 第一, 原来的辩论、证据调查、裁判等全部对特定承继人的诉讼产生效力, 原来起诉的时

效中断及期间遵守的效果，也及于受让人。第二，对于原当事人在诉讼上不能为的行为，受让也不能为[3]。

### 2.2.2. 既判力的扩张

适用特定承继的目的就是为了使诉讼继续进行，并且既判力要及于出让人和受让人。而无论既判力产生的根据的是“制度性效力说”还是“程序保障说”，特定承继人受既判力拘束都能够得到合理的解释。“制度性效力说”认为既判力在于谋求法的安定性，是基于一次性解决纠纷及一事不再理要求而产生的制度性效力。而在诉讼中当事人将与诉讼标的有关的权利义务移转给第三人，本将导致其丧失当事人适格而使已经进行的诉讼失去意义，对方不得不提起新的诉讼解决纠纷，如果这种移转事实不断发生将会使诉讼动荡不安，不利于维护程序安定和实现纠纷的一次性解决，而让出让人继续作为适格当事人进行诉讼，受让人受既判力拘束则很好的解决了这一问题。“程序保障说”则认为既判力产生的根据应当从当事人在前诉程序中所获得的程序保障作为其结果的自我责任来寻求[4]。受让人在已知诉讼系属的情况下仍然选择受让权利义务，是其自由处分其程序权利及实体权利的表现，并且民事诉讼法也为其提供了充分的事前和事后的程序保障，其自然要受既判力拘束。

## 3. 特定承继中的当事人恒定主义和诉讼承继主义

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，即当事人恒定与诉讼承继，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”。在大陆法系诉讼制度的设计上，最为精细的无疑是德国，后有日本的独树一帜，而这两个国家恰恰也正是这两种原则和制度的代表。为此，有必要对这两个国家的相应制度及机制进行考量。

### 3.1. 德国“当事人恒定主义”

#### 3.1.1. 德国“当事人恒定主义”的历史沿革

在罗马法时期，诉讼中转移实体权利义务的行为为法律所禁止。此后，由于市场经济的发展，一些立法者们认识到这一规定妨碍了当事人的交易自由，也可能因一方恶意诬告而给另一方当事人带来经济损失[5]。出于令市场交易更顺畅、促成市场交易的目的，允许转移主义应运而生，但各国并未对相应的诉讼程序进行规定。为此，德国在1879年率先在《德国民事诉讼法》第二百六十五条第一款中确立不禁止诉讼承继之规定，并采取了“当事人恒定主义”，即在诉讼过程中发生了系争标的物转让的情形，当事人并不发生更换，而是由原当事人继续诉讼，但判决的效力及于新的纠纷主体，其运用的是诉讼担当原理，所指向的对象是诉讼系属之后的出现的受让人。但或许是考虑到“当事人恒定主义”存在着权利义务出让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等情形，德国又在第二百六十五条第二款规定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。从上文可知，根据“当事人恒定主义”，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，德国学者也深知如果一味死守“当事人恒定主义”将不利于纠纷的实质性解决，且若在司法中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[6]。因此，该规则可以看作是对“当事人恒定主义”的突破，也可以视为德国在立法上补充“诉讼承继主义”，作为“当事人恒定主义”合理运行的保障。

#### 3.1.2. 德国“当事人恒定主义”的具体适用

在德国，“当事人恒定主义”的具体适用主要表现在以下几个方面：

第一，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：一是权利义务的移转必须在诉讼系属中。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。二是是需要根据实体法的规定，权利变更的条件全部存在。

第二，考虑到纠纷解决的实效性，《德国民事诉讼法》在第三百二十五条和第七百二十七条确定裁判对权利义务关系的受让人具有既判力和执行力<sup>[7]</sup>。因为受让人代替了出让人的法律地位，这种针对受让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。

第三，若权利义务关系已经在诉讼中发生了移转，接受权利或义务的受让人一般无法作为当事人承继诉讼。法院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。

第四，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，其具体规定在《德国民事诉讼法》第二百六十五条第二款“在未经对方当事人同意时，承继人无权代替原权利人作为主当事人而承担诉讼或提起主参加”。该款可以看作是“当事人恒定主义”的例外。

德国的“当事人恒定主义”更加注重程序的安定性和稳定性，出让人作为受让人的法定诉讼当事人继续进行诉讼，受让人参与诉讼的方式受到严格限制，避免了当事人的频繁变动以及诉讼程序的中断，但是也如上文中提到，存在着一些不可避免的缺陷：首先“当事人恒定主义”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的可能性，出让人若怠于诉讼或滥用权利将会损害受让人的合法权益，故而对受让人的保护是不充分的。但该缺陷德国已通过立法中辅之以“诉讼承继主义”大体上得以弥补；其次对于承继人参加诉讼的条件、方式和程序的法律规定不清晰并且限制条件十分严格，导致司法实践中适用困难，法律条文的规定流于形式；再次，受让人未参加诉讼而受既判力拘束却没有为其提供充分的程序保障，无论是事前的程序保障还是事后的程序保障都十分匮乏。

## 3.2. 日本“诉讼承继主义”

### 3.2.1. 日本“诉讼承继主义”的历史沿革

众所周知，日本法主要移植了德国法，在民事诉讼法方面大体上亦是如此。但在特定承继的制度上，日本法并非照搬德国法，而是在顾及本国既有社会、文化和制度环境与需求的基础上，逐步摸索最终确定了“诉讼承继主义”，即新的纠纷主体成为新的诉讼当事人继续进行诉讼，并受到此前诉讼状态的拘束。起初，日本在特定承继上其实是类推适用概括承继的规则，认同对方当事人可以将承继人作为当事人继续进行诉讼，并未形成一个准确的适用原则。随着日本民事诉讼法的发展，判决以口头辩论终结时的资料为基础这一原则得以确立。在发生系争标的物发生转让的诉讼中尤其是这类型的共同诉讼中，因为裁判需要以口头辩论终结时的资料为基础，如果承继人作为共同诉讼人之一没有参加诉讼时，共同诉讼的纠纷就无法得到全部的解决。为能够与现行制度相匹配，日本旧民事诉讼法才不得已采取了“诉讼承继主义”。之后，日本学界在意识到“当事人恒定主义”存在易使出让人缺失诉讼的积极性和主动性、受让人作为利害关系人因无法行使当事人的诉讼权利，合法权益不能得到充分的维护等弊端。从此，日本才明确采用“诉讼承继主义”，并一直适用至今。

### 3.2.2. 日本“诉讼承继主义”的具体适用

在日本新民事诉讼法修订中，该法第四十九条至第五十一条对特定承继的“诉讼承继主义”原则及制度作出了框架性规定：

第一，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。按照大陆法上的一般理论，通常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。而日本的当事人适格理论则作了新的诠释，其将关注点转移至“对请求的妥当与否最具有利害关系且最为关注的人才适格的当事人”。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。因此，在特定承继中，日本主张诉讼中最具利害关系且最为关注的人应该是权利义务的受让人，可以说很好地反映了“诉讼承继主义”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。

第二，日本法特定承继中，受让人承继诉讼分为两种类型，即参加承继与承受承继。参加承继是受让人主动承继诉讼；承受承继是受让人被动承继诉讼。按日本学界以往的见解，单纯地认为权利人主动地申请参加承继，义务人被动地接受承受承继。但随后学界对该问题价值考量发生了转变，认为其实从诉讼承继中承继人的利益的角度出发，无论是权利人还是义务人都可能成为当事人。一方面，即使让与发生在义务人一方，受让人也有可能申请参加承继，因为诉讼状态可能对义务人一方有利；另一方面，即使让与发生在权利人一方，受让人有可能不申请参加承继，而由义务人提出承受承继，因为诉讼状态可能对原告一方不利。

第三，在“诉讼承继主义”视角下，参加承继与承受承继是平行而非对立的诉讼承继类型，但在日本现行民事诉讼法中，两者的平行性并未得到良好的体现，其主要体现在程序的设置上。就参加承继而言，根据《日本民事诉讼法》第49条的规定，受让人参加承继是以第47条规定的独立当事人参加制度为路径来实现的，本质是必要共同诉讼的形态，其一般模式是受让人以独立当事人参加的方式进入诉讼以后，出让人撤诉，当事人自然由出让人更换为受让人。原受让人与对方当事人间的诉讼请求消灭，只剩下受让人和对方当事人的请求，法院以判决的方式作出裁判。但参加承继也只是借用了独立当事人参加制度的外形而已，因为在参加承继中，受让人要承继出让人形成的诉讼状态，形成的是“直线诉讼”，而非独立当事人参加制度中三方独立形成的“三角诉讼”。而对于承受承继，其准用退出诉讼的规定，而非准用独立当事人参加的规定。同时还需要准用《日本民事诉讼法》第41条申请同时审判的规定，其性质属于普通共同诉讼的类型，法院对该申请以决定的方式作出。

日本的“诉讼承继主义”从实体法与程序法二元角度对诉讼系属中的特定继承问题进行了规范，统一了与诉讼标的有关的权利义务移转之后的实体法律关系主体与程序法律关系主体。但是，“诉讼承继主义”也有其自身的缺陷：首先，纠纷主体发生变动未必能立即反映到诉讼中，尤其是对于不知主体变动的对方当事人，被迫进行看无意义的诉讼，即使获得胜诉判决，也可能存在因纠纷主体的变更而导致强制执行丧失意义；其次，诉讼外的让与时点和诉讼承继的时点存在一定的期限，出让人在这一期间所进行的诉讼行为是否应由受让人来承继也存在着疑问；再者，参加承继和承受承继的配套程序并不统一，使得在制度的具体适用时显得较为混乱，产生诸多争议；此外，为应对被告主体可能反复变动而产生的不安，日本《民事保全法》规定原告方可以使用假处分的方法予以保障。很遗憾的是，被告一方却并未被赋予相应的权利，这造成当事人之间的权利保障失衡，破坏了当事人间的信赖关系。

综上所述，无论是采取“当事人恒定主义”，还是“诉讼承继主义”，两国都是在基于自身司法实际，在制度设计上寻找能够采取各种能够补充或平衡的措施，这对我国今后构建特定承继制度的体系具有借鉴意义。

## 4. 我国特定承继制度的现状与缺失

### 4.1. 我国特定承继制度的现状

在《最高人民法院关于〈民事诉讼法〉的司法解释》(下文简称《民诉法司法解释》)出台前，虽然我国在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，但我国《民事诉讼法》中仅规定了诉讼中作为一方当事人的自然人、法人或其他组织死亡或终止时的概括承继问题，并未规定因与诉讼标的有

关的权利义务移转而产生的特定承继问题，其只在2005年最高人民法院发布的《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》第二条中有所体现，并在随后最高人民法院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》第十条中予以明确。从以上规定的发展可以看出，在处理诉讼系属中的特定承继时，最高人民法院采取了“诉讼承继主义”，而非“当事人恒定主义”；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“诉讼承继主义”。

但2015年的《民事诉讼法解释》的规定却一反既往，对特定承继的模式进行了新的选择。《民事诉讼法解释》第二百四十九条第一款规定，“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。”第二款规定，“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。”从条文设置中可以解读，我国在诉讼系属的特定承继领域，明确了出让人的诉讼主体资格和诉讼地位不受影响，并且生效裁判对受让人具有拘束力，同时受让人也存在着途径申请参与诉讼。从而有学者认为我国这一规定借鉴了域外立法，结合我国民事审判实践的经验，确立了“以当事人恒定主义为基础，以诉讼承继主义为例外的模式”，既保证了当事人恒定和诉讼程序的稳定，又承认了特定承继人的诉讼主体地位，使特定承继人的程序利益得到保障<sup>[8]</sup>。本文认为，单从该条款来看还不能认为司法解释就是“以当事人恒定主义为基础，以诉讼承继为例外的模式”。因为该条第二款规定对受让人承继诉讼不予准许的，可以将其作为追加的无独立请求权第三人参加诉讼，而在司法实践中也更多的采用这种模式，与其余国家存在着差异，可谓是我国协调立法和结合司法实践经验的一种新的形式。

#### 4.2. 对我国特定承继制度的反思

我国虽以《民诉法司法解释》确定了诉讼系属中的特定承继的适用原则，但考察现行的制度，可以发现该制度的不足或缺陷主要在于以下几个方面：

第一，对于诉讼系属中的特定承继制度，现行《民事诉讼法》并没有作出相应的规定，而是通过《民诉法司法解释》予以规定的。特定承继制度是诉讼法上十分重要的制度。而我国立法的设置往往处于较为被动状态，立法机构常常将规范建构的任务推给司法解释，反而使得司法解释成为法律规范的“试验田”，迫使司法解释者成为了规范的担责人，这显然是不妥当的。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。

第二，如上文所述，最高人民法院针对金融资产管理案件的诉讼，采取了“诉讼承继主义”，这也是我国在特定承继制度上最初的选择。因此在《民诉法司法解释》出台之后，此类案件是新法优于旧法，遵从目前“当事人恒定主义”的路径选择，还是作为特殊情形继续适用之前的规定，继续坚守“诉讼承继主义”，最高人民法院对此并未予以明确。本文认为应当遵从新法确定“当事人恒定主义”，进而对金融资产管理案件的法规进行修改，防止立法对司法实际的适用产生影响。

第三，现行的《民诉法司法解释》只对特定承继中的基本原则作了规定，但对相应程序细节的规定上依然存在缺失。比如在受让人参与诉讼的方式和地位上，最高人民法院在采取“当事人恒定主义”，又同时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。但其存在一个不可忽视的矛盾：即一方面原当事人之间的判决、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，一旦出让人与受让人主张不一致时，受让人身负可能受到的裁判结果负担，但其行使相应的权利却会因无独立请求权第三人的身份而使受到一定折损，导致与自身实体地位不匹配的尴尬境地。此外，特定承继的程序立法是能以充分

彰显其制度功能的保障,也是检验立法的试金石。目前我国特定承继制度在如权利义务移转事实的审查、受让人的权利义务保障等一系列的程序设计上都不完备,而这正是司法实践中经常遇到且亟需解决的问题,也是关乎公正、效力、程序保障的重大理论问题。

## 5. 我国特定承继制度的完善

### 5.1. 我国特定承继制度的路径选择

如上文所述,当法律不再禁止在诉讼系属中的特定承继时,对于这种特定承继的处理原则,就有了两种不同的基本态度——即“当事人恒定主义”与“诉讼承继主义”。这两种制度并无孰优孰劣之分,只有更适合本国法律环境的制度才能发挥其作用。根据《民诉法解释》第二百四十九条第一款规定来看,我国明确采取的是“当事人恒定主义”。遗憾的是,我们看不到该司法解释选择“当事人恒定主义”的具体理由。但我们需要明确的是,对于特定承继制度的路径选择的大致思路,应是在基于对域外既有制度的结构原理和现有制度进行分析与协调。本文认为采用“当事人恒定主义”更为妥当,理由在于:

其一,从两国制度路径选择的对比来分析,德国的“当事人恒定主义”侧重对当事人实体法权利、地位的保护,法院裁量权严格受到当事人程序权利之制约,以避免原开始程序的拖延和中断。这意味着“当事人恒定主义”消耗较少的时间资源,更符合诉讼效益的原则。而日本的“诉讼承继主义”适用时因过于繁琐,从而较德国存在更多的弊端,制度间的契合度也差强人意,比如前述提到缺乏告知实体权利义务移转的程序和手段、假处分适用的片面性等方面。虽说对于这些弊端可以通过解释论予以弥补,且日本学者已提出了诸多完善建议,如学者兼子一针对“诉讼承继主义”的弊端提出一方面实行诉讼承继之模式,另一方面应补充性导入当事人恒定诉讼之内容以维持原当事人在诉讼承继之前实施诉讼之权能。新堂幸司教授也提出,为维护对方当事人,应在实质当事人观念、诚实信用原则的援用等内容上做出倾向于保护对方当事人的解释。但对于我国来说,过多的解释会使得制度操作变得非常复杂,也容易发生冲突,还是选择制度较为简易的德国“当事人恒定主义”模式为优。

其二,从与我国现行制度的匹配程度来分析,日本的“诉讼承继主义”在设计上显露出明显的专属性。日本之所以能在较长时间内适用“诉讼承继主义”,主要在于日本民事诉讼法存在完备、相适应的理论和制度作支撑,其明显地表现在参加承继依附于独立当事人参加。而我国目前既判力理论的缺失,无独立请求权第三人依职权追加,并可能承担民事责任等制度的缺陷,若要借鉴日本的“诉讼承继主义”,其内化出的结构性问题将没有我国现行制度匹配予以解决,从而衍生出更多的弊端。此外,2015年《民诉法解释》确认“当事人恒定主义”为主原则后,实际运行情形也较为顺畅。因此,在我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,应当承认德国制度结构更加严谨和完善,与我国的理论契合程度更高。

其三,从受移植的环境这一制度移植的重要考量因素来分析,我国的社会环境下诚信基础较为脆弱,许多当事人为了保全自身的利益,不惜在法律的漏洞上铤而走险。因此相较于“当事人恒定主义”,采用“诉讼承继主义”作为特定承继的选择路径,则其因实体权利义务关系的一再变动而导致诉讼主体、程序不稳定的这一弊端更容易在我国这种环境下被放大和发酵,从而导致诉讼迟延,权利人的相应权利也难以充分实现。反观“当事人恒定主义”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动。不可否认,“当事人恒定主义”也存在着出让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。但正如上文介绍的,德国通过采取增加“在经双方当事人同意的情况下,受让人可以承继诉讼”这一“变量”,实际上将“诉讼承继主义”作为了“当事人恒定主义”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弥补和修正,完全可以被我国所借鉴。

当然，在确定我国特定承继的路径选择“当事人恒定主义”模式时，也并不是绝对地排除了日本的“诉讼承继主义”，反而应当更加关注日本在特定承继的理论和相关程序的设置的优势之处，这具有极为重要的意义。

## 5.2. 我国特定承继制度的程序完善

如上文所述，我们有充分的理由选择“当事人恒定”主义作为我国诉讼系属中特定承继的原则，且现行《民诉法解释》明确采取了这一原则，但这并不意味着我们在制度建构方面已经完成。目前我国只是搭建起了一个初步的框架，缺乏相应的程序予以支撑。本文认为，在程序建构方面应对特定承继的构成要件审查、参加诉讼方式以及相应制度保障三方面的内容进行立法与完善。

### 5.2.1. 特定承继构成要件的审查

特定承继构成要件的审查，即审查出让人和受让人之间是否存在与诉讼标的有关的权利义务承继事实以及受让人在受让时是否知晓诉讼系属这两方面。现行立法都没有明确规定特定诉讼承继应该适用何种审查规则，对审查规则的研究也处于相对空白的状态，这也是导致特定诉讼承继在司法实践中难以适用的重要原因。

对此，法院有形式审查和实质审查两种方式可以选择。应当说实质审查的方式是更为适宜的选择，一方面是通过言词辩论和法院的职权调查，更有利于查清承继事实存在与否，从而决定是否适用特定承继让人是否有权参与诉讼并受既判力拘束，为承继人提供充分的程序保障；另一方面是，如果采用形式审查的方式，若法院在其后的审理中又认定承继事实不存在，就会对已经进行的审理程序的效力发生争议，使得诉讼程序变得更加复杂，这和我国采取“当事人恒定主义”的价值取向是背离的。审查认为承继事实存在并且双方当事人和受让人对此无异议时，允许承继人参加诉讼，出让人可以退出诉讼。值得注意的是，法院的审查只能对是否同意承继人参加诉讼的申请以裁定的方式作出，因为尽管是实质性审查也不能代替法庭庭审对当事人之间的实体法律关系做出裁判，防止侵害当事人的诉权。此外，如果双方当事人或第三人对法院审查结果存在异议，还应允许其可以提起复议。

### 5.2.2. 特定承继参加诉讼的方式

特定承继参加诉讼的方式包含两方面，一是如何分配参加诉讼的申请和决定，二是受让人以何种形式参与既有诉讼，分别涉及的是权能的分配和权能的保障。

#### 1) 特定承继参加诉讼的申请和决定

根据我国《民诉法司法解释》的规定，对特定承继参加诉讼的申请和决定规定较为简单，即将诉讼承继的决定权授予法院，并只赋予受让人提出申请的形式。此规定彰显了对系争客体受让人权利维护的重视，但却忽视了对原对方当事人权利的维护，忽视了其程序主体地位。纵观德日对于特定承继参加诉讼的方式规定，除受让人的申请之外，日本还包括引受承继，即原诉讼的对方当事人将受让人拉入诉讼的一种承继类型，甚至在学界讨论过出让人申请的形式，从而能多方位的对各方进行保障。德国则将征求“对方当事人同意”作为受让人承继诉讼的要件。故此，为体现程序保障的充足性，强化当事人主体地位，笔者建议可以引入日本引受承继的参与方式，丰富特定承继的参与方式。但对于德国的“对方当事人同意之要件”，笔者认为其过于强调对方当事人的利益，但可适当调整为以“法院裁定前应征求当事人的意见”的形式。这能顾及各方权益的同时，也不会显得过激。

#### 2) 受让人参加诉讼的方式

通过对德日特定承继制度的研究分析，当受让人在承继与诉讼标的有关的权利义务时知晓诉讼系属的，共可总结出以下几种参加诉讼的方式：第一是承继诉讼，即当事人变更，原当事人退出诉讼，承继

人作为新当事人参与诉讼；第二是主参加诉讼或独立参加诉讼，多发生在出让人与承继人对是否存在承继事实以及是否应适用特定承继存在争议时，承继人以独立当事人的身份参加诉讼，但仍受先前的诉讼状态的拘束，其以日本为典型；第三是共同诉讼性质的辅助参加，即有法律利害关系的第三人参与到正在进行的诉讼中以辅助一方当事人之诉讼方式。

根据我国《民诉法解释》的规定，特定承继人可以承担诉讼或者以无独立请求权的身份参与诉讼，无权以有独立请求权的第三人提起独立之诉，即意味着受让人只能以无独立请求权的第三人之地位辅助参与诉讼。看似我国已经选择了承继诉讼和辅助参加诉讼的方式来为受让人拓宽参加诉讼的途径，但其实受让人所享有的诉讼权利受到诸多限制，这是由于我国无独立请求权第三人制度发生偏离所导致的，关键在于我国的无独立请求权第三人制度中植入了追究第三人责任的功能，破坏了原辅助参加制度的机理。辅助参加制度的从属性定位，强调第三人和主当事人之间的利益一致性而暂时回避利害冲突，将制度功能限定在为被参加人取得胜诉判决在诉讼中结成“同盟”而一致对抗对方当事人。而我国一旦追究无独立请求权第三人的责任，其与主当事人也处于利害对立的地位，其从属性荡然无存<sup>[9]</sup>。此外，在追究无独立请求权第三人的责任时，诉讼已经涉及第三人的实体权利，第三人却仍然被置于诉讼辅助人地位，不能充分提出自己的主张和抗辩，也不能独立实施诸如提出管辖权异议、进行和解、提出反诉等重要的诉讼行为，这与辅助参加的诉讼地位之间是不对称的。

因此，我国的特定承继制度要想更好的实现其制度价值和功能，首要目标应当是对我国的民事诉讼第三人的理论基础和制度设计进行完善。若短期内实现有困难的话，也可以依特定承继人自身所享有实体权利，选择主参加或者独立当事人参加的路径，让受让人以有独立请求权第三人身份参加诉讼时，适用必要共同诉讼的审判规则，以此来牵制三方当事人，实现诉讼资料的统一和避免矛盾裁判。

### 5.2.3. 特定承继的制度保障

对于特定承继的制度保障，在“当事人恒定主义”下，最需要考虑的是，如何保障实体权利义务受让人的程序和实体利益，具体表现在如何使得受让人能够知晓诉讼系属的存在。本文认为应当从法院、出让人的角度出发来思考对受让人的制度保障。

#### 1) 系属登记制度

在保护受让人的权利方面，可以考虑建立诉讼系争不动产物权与特殊权利移转的系属登记制度，其主要是针对一些根据有关法律规定需在有关部门予以登记的权利所采用的措施。当上述需登记之权利发生争议而进入诉讼系属时，法院应当对此予以登记，在登记簿中予以标明。如双方当事人因某一房产出现争议，法院有权要求房产登记机构记载诉讼系属的事实，并在房产证的附记中注明，房产登记机关也应当予以配合。系属登记制度可以使得受让人其欲受让的权利存在诉讼系属，使其能够知晓诉讼系属的存在，避免出现因不知诉讼系属而未参与到诉讼中的情况。若特定诉讼受让人所受让之权利已经系属登记而未参与到诉讼中，该特定诉讼承继人不能以不知诉讼系属的存在而未参加到诉讼中为理由拒绝承受裁判结果，因为通过系属登记制度以使得对受让人的拘束具有了充分的正当性。

#### 2) 法院的通知义务

基于现实的考量，若撇开我国无独立请求权第三人追加制度的弊端，为了使我国“当事人恒定主义”有效实施，有必要设立法院职权通知制度。法院职权通知制度在德国、日本民事诉讼法中并没有规定，而是由我国台湾地区所专门设立，其具体表现为在法院知悉出现转移的情况时，以书面形式将转移的事实通知对方当事人及受让人<sup>[10]</sup>。该项制度既保障对方当事人知情权、又赋予受让人有参与诉讼程序的机会，否则受让人在不知情的情况下，就没法参与进程序中，不能称之为有充足的程序保障。具体而言，笔者认为应当依据既判力“程序保障说”的观点，法院职权通知制度应使得判决效力正当扩张至受让人。

如果受让人在经法院通知且明知转移行为发生，而仍自动放弃参与程序的机会，此时法院已尽到通知义务，判决效力依然扩张于受让人，受让人也应承担自身没有参与程序的相应责任。

### 3) 出让人的告知义务

当特定诉讼承继发生时，受让人是否能及时参与到诉讼中，诉讼是否能顺利进行，出让一方当事人起到关键作用。为保障各方权益，也为确保纠纷得以顺利解决，应当给出让方当事人设定明确的告知义务。一方面，在实体权利转让时，出让人需向该受让人告知诉讼系属存在之事实，这应当由实体法予以规定；另一方面，当实体权利移转完成后，出让方当事人应及时向对方当事人及法院告知其已转移涉诉标的法律关系的事实，并向法院提交相关文件予以证明同时提供出让人的信息。

## 6. 结语

特定承继制度应当作为一项重要的民事诉讼制度来构建和完善。在诉讼系属中移转实体权利义务实行不同之诉讼模式，其代表为德国的“当事人恒定主义”和日本的“诉讼承继主义”。通过比较分析可知，当事人恒定和诉讼承继主义均有不同之缺陷，若简单迁就式地移植外国既有立法模式就有可能导致制度建构时存在基础性缺陷，必须基于与既有制度之间的关联性的考量。目前我国特定承继制度构建尚处于初期阶段，在协调立法和结合司法实践经验的基础上，在《民诉法解释》中构建了以当事人恒定主义为基础，受让人以无独立请求权第三人参与诉讼的一种新的形式。“以当事人恒定主义”为基础的立法模式和方向在总体上是可行的，但对于我国既判力理论、无独立请求权第三人制度的缺陷，今后的制度建设应该在深度反思各国各地区的立法模式和制度设计的基础上汲取理论和制度经验，争取在程序设计上更加完备，制度保障上更加完善。

## 参考文献

- [1] 蓝冰. 德国新民事诉讼法律关系理论及启示[J]. 政治与法律, 2008(1): 148.
- [2] 高桥宏志. 重点讲义民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 404.
- [3] 新堂幸司. 新民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 188.
- [4] 马雪莹. 论特定诉讼继受的制度反思与完善[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2017.
- [5] 余磊. 民事诉讼当事人恒定主义研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2018.
- [6] 刘广林. 特定承继制度之研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 对外经贸大学, 2017.
- [7] 张卫平. 诉讼系属中实体变更的程序应对[J]. 环球法律评论, 2018(1): 19.
- [8] 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上) [M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 639.
- [9] 蒲一苇. 无独立请求权第三人参加诉讼的判决效力范围[J]. 国家检察官学院学报, 2016(4): 21.
- [10] 刘广林. 台湾地区当事人恒定与诉讼承继制度之考量——兼评“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 249, 250 条之规定[J]. 河北法学, 2016(9): 187-188.