

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論當事人之變更追加

—以請求基礎事實同一為中心

A Study on the Amendment and Addition of Parties:
Based on the Same Transaction or Occurrence

蕭丞晏

Cheng-Yen Hsiao

指導教授：沈冠伶 博士

Advisor: Kuan-Ling Shen, Dr. iur.

中華民國 107 年 8 月

August, 2018

謝 辭

作為一門程序法領域中的學問，民事訴訟法既強調公益上司法資源之分配，與私益上訴訟主體之程序保障，兩者的平衡乃是民事訴訟法之最重要的目標。本文基於此點出發，透過我國法與日本法之文獻、實務判決的研究，討論當事人變更、追加制度，並著重於請求基礎事實同一概念的實際運用。然宥於學識不足，本文尚有諸多未竟之處，懇請各方不吝給予指教。

本文的完成，首先感謝恩師沈冠伶教授。一直以來不論是工作、論文上都給老師添了很多麻煩。資質愚鈍的我，不論是基本觀念上的錯誤，或者論理上的矛盾，若是在撰寫過程中沒有老師循循善誘且一針見血的指導，絕對無法走到這步。期許未來也能夠如同老師一般，成為優秀、耐心且溫和的引路人。

感謝口試委員許士宦教授，老師於大學部所開設的程序法課程，是我的民訴法啟蒙。於口試過程中，老師亦指出未能被注意到的眾多盲點，與許多實際且重要的意見；楊淑文教授適時地補充諸多相關聯的文獻，並以自身觀察經驗說明實務判決中常見的問題。兩位老師豐富的學識與治學態度，皆是本文能夠更臻於完善的重要原因。

感謝爸爸、媽媽與哥哥，一路以來給予我所有精神與物質上的支持，成為我堅實的依靠。特別是在最後關頭時，常常早出晚歸，還讓你們擔心我的身體狀況。一直以來的養育之恩，謹以本文作為回報。未來的我會更值得信賴，不會再是如此任性的孩子。

感謝在台大的朋友們，於八年生活中的相遇相知所建立起的友誼，都是形塑我成為現在樣貌的原因。從大家獲得的各種關心，都是重要且珍惜的寶物。謝謝緒承、思定、珮恩與我一起經歷了成長的過程；謝謝堃安、峻宇於撰寫過程中的互相勉勵與解悶；謝謝建樺、俊翔就論文的實質內容給予許多建議。特別感謝琪禎，一直以來無私的陪伴。你的付出與體諒，是我能夠義無反顧持續前進的力量。

最後，我要將本篇論文獻給爺爺，希望你能看見，我真的有好好讀書。

2018年8月 於台大萬才館


摘要



我國民訴法於 2000 年修正時參考日本民訴法第 143 條，增訂第 255 條第 1 項第 2 款之「請求之基礎事實同一」為訴之變更追加事由。然而由於當事人變更、追加並不被解釋為日本民訴法第 143 條的適用範圍，因此向來對於此款是否得作為當事人變更、追加之事由，迭有爭議。雖然此點爭執在最高法院 106 年第 13 次民事庭決議與司法院修正民訴法草案第 446 條所揭示的肯定立場後，似可認為已告解決。惟有鑒於其並未根本性地說明當事人之變更追加的法律性質，並且向來研究並未充分探討在第 2 款與第 5 款在當事人變更、追加的適用之關聯，又草案若是通過，則涉及應如何實質判斷審級利益之保障的問題。準此，本文以民訴法之當事人變更追加制度整體為研究對象，以釐清上開爭議。

本文首先認為關於當事人變更追加之法律性質，應屬訴之變更追加。蓋文義解釋上第 255 條係指「訴」之變更，且立法解釋上第 255 條係為了擴大紛爭解決之機能，而未限制於客觀的訴之變更追加；體系解釋上，255 條係一概括規定，且同條第 1 項第 5 款作為例示規定，可觀察出其他各款亦得作為當事人變更、追加之事由。因此解釋上當事人變更、追加以第 255 條為適用基礎並無疑問。

在當事人變更方面，本文以表示說為當事人確定之理論，並檢證我國實務上有部分見解係混淆了當事人變更與當事人更正/補正之差異。關於當事人變更之要件，則認為原告應有撤回舊訴與提起新訴之意思；被告部分則依第 262 條第 1 項，視有無行言詞辯論程序判斷是否應取得被告之同意，否則即可以第 2 款、第 4 款或第 7 款取代被告之同意為變更。至於當事人變更之效果，應透過給予新當事人充分的舊訴訴訟狀態資訊與舊訴之聽審請求權有無受保障判斷，以建立舊訴訴訟狀態拘束新當事人之程序正當性。

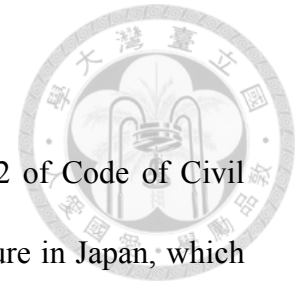


在當事人追加方面，本文認為若是訴訟標的有合一確定之必要，不論係固有或類似必要共同訴訟，皆得適用第 5 款為當事人之追加。而介於類似必要共同訴訟與普通共同訴訟的中間類型，例如連帶債務、連帶保證債務或者擇一義務之共同訴訟，爭點上雖有合一確定必要，然其同時在合一確定必要之爭點的審理上有重複利用訴訟資料之可能，故應依第 2 款為追加。要之，請求基礎事實同一作為獨立於共同訴訟之法律概念，可解決中間類型的共同訴訟人之追加。在此之外的普通共同訴訟，則無需考量第 5 款之適用，以第 2 款、第 7 款判斷得否追加即可。而在效果方面，從日本法合併辯論制度的啟發來看，亦應重視新當事人之聽審請求權有無於舊訴受到保障，否則應賦予爭執舊訴訴訟狀態之機會。

最後，在第二審之當事人變更、追加（特別是被告），應注意新當事人的審級利益保障。雖然在訴訟標的有合一確定必要時，統一解決紛爭之程序要求優先於當事人之審級利益；但是在訴訟標的無合一確定必要之情形，而依第 2 款與第 7 款為當事人變更、追加時，新當事人將欠缺第一審之審級利益，其程序利益狀態與第一審之變更、追加時有所不同，甚或欠缺上訴第三審之機會。本文認為若是新當事人未同意第二審之變更、追加，則應判斷客觀上是否有獨立於第一審之爭點存在，主觀上是否已有機會參與第一審之審理。除了「無獨立爭點且有機會參與第一審之審理」之外，皆不得在新當事人未同意之前提下為當事人變更、追加。

關鍵字：當事人變更、當事人追加、請求之基礎事實同一、訴訟標的合一確定必要、審級利益保障

ABSTRACT



The Amendment of Article 255 Paragraph 1 Subparagraph 2 of Code of Civil Procedure in Taiwan refer to Article 143 of Code of Civil Procedure in Japan, which was amended as” Where the amendment or addition of the claim is based on the same transaction or occurrence”. However, the amendment or addition of parties cannot be based on Article 143 of Code of Civil Procedure in Japan. That is to say, whether Subparagraph 2 can also be the legal basis of the amendment or addition of parties has been controversial. It appears that the dispute was eventually settled after the announcement of the Supreme Court 2017 No.13 Civil Court Resolution and the Draft Revision of Code of Civil Procedure submitted by Judicial Yuan, indicating that Subparagraph 2 can also be the legal basis of the amendment or addition of parties. Nevertheless, not only the legal nature of the amendment or addition of parties wasn’t completely explained, but also the researches of the amendment or addition of parties have not clarified the association between Subparagraph 2 and Subparagraph 5. Furthermore, there would be a controversy about how to judge the protection of the interest of instance level if the draft be passed. Above all, on the purpose of clarifying these controversy, this research is based on the amendment or addition of parties.

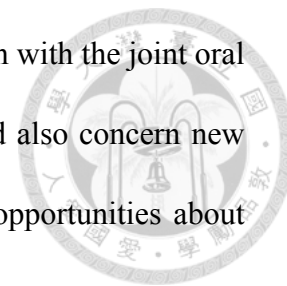
In the author’s opinion, the legal nature of the amendment or addition of parties could be seemed as the amendment or addition of Pleadings. Firstly, applying the namely grammatical interpretation, Article 255 indicate that the amendment or addition of Pleadings, which also include the amendment or addition of parties; Secondly, according to teleological interpretation, the legal purpose of Article 255 is strengthening the function of the solving disputes, not be restricted to the amendment

or addition of object of procedure; Last but not the least, in accordance to systematic interpretation, since Subparagraph 5 is served as instances in Article 255(illustrative provision), the other Subparagraph can also be the legal basis of the amendment or addition of parties . Thus, it is no doubt that the amendment or addition of parties can be based on Article 255.

In regard to the Amendment of parties, express theory is applied to determine the parties in civil procedure according to the author’s opinion. It appears that some judicial opinions in Taiwan have confound the distinction of amendment and correct of parties. As the elements of the amendment of parties, the old plaintiff should have motion to dismiss, the new plaintiff should have motion to sue. According to Article 262 Paragraph 1, whether the agreement to dismiss of defendant is necessary depends on having proceeded orally on the merits; otherwise, it can be replaced with Subparagraph 2, 4, or 7. On the other hand, in order to establish the procedure legitimacy of the effect of amendment of parties, providing new parties enough information about the old action, and protection of right to be heard are essential.

In relationship to the addition of parties, if the claims must be adjudicated jointly with regard to all co-parties (so-called necessary joinder of parties), the addition of parties should apply Subparagraph 5. Conversely, the joinder of parties located the gray zone, such as joint obligation or guaranty, due to the trial of issues can repeatedly use the materials from old action, is able to apply Subparagraph 2 to add parties. That is to say, as the independent concept from joinder of parties, “based on the same transaction or occurrence” can solve the addition of the joinder of parties located the gray zone. Besides, the addition of normal joinder of parties can also apply Subparagraph 2 or 7,

without considering of Subparagraph 5. Lastly, after the comparison with the joint oral argument in Japan law, the effect of the addition of parties should also concern new parties' right to be heard, or it is necessary to give new parties opportunities about disputing over the material in old action.



Finally, when the amendment or addition of parties made during the second instance (especially for new defendant), the protection of the interest of instance level should be concern. Compared with the place of the claims must be adjudicated jointly with regard to all co-parties, which the demand of resolving dispute consistently is prior to the interest of instance, when the amendment or addition of new parties is under the place of the claims don't have to be adjudicated jointly with regard to all co-parties, in the result of applying Subparagraph 2, 7, the procedural interests of new parties are different from amendment or addition made in first instance. Furthermore, the new parties might have no opportunity to appeal to third instance. In the author's opinion, if the amendment or addition of parties is made without the agreement of new parties; in the respect of object, it becomes necessary that confirming there is new issue independent from first instance. In the respect of subject, judging whether new parties have had opportunity to attend the trial in first instance is also essential. Only when there is no new issue and new parties literally had chance to attend first instance can amend or add new parties without the agreement of the new parties.

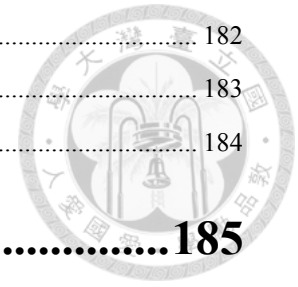
Key Words: amendment of parties, addition of parties, the same transaction or occurrence, the claims must be adjudicated jointly with regard to all co-parties, the protection of the interest of instance level

簡 目



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題之提出.....	1
第二節 研究方法與研究範圍.....	6
第三節 研究架構.....	7
第二章 當事人變更追加之法律性質	8
第一節 台灣法.....	8
第二節 日本法.....	13
第三節 小結.....	20
第三章 當事人變更	25
第一節 與當事人更正/補正之關係.....	25
第二節 原告變更.....	29
第三節 被告變更.....	58
第四章 合一確定之當事人追加	83
第一節 起訴時之合一確定必要性概念.....	83
第二節 原告追加.....	90
第三節 被告追加.....	111
第五章 請求基礎事實同一之當事人追加	141
第一節 請求之基礎事實同一概念.....	141
第二節 請求基礎事實與當事人之變更、追加.....	160
第六章 結語	179
一、 民訴法第二五五條作為當事人變更追加依據與解釋方向.....	179
二、 當事人變更.....	179
三、 合一確定之當事人追加再探.....	180

四、	以判決基礎事實同一為請求基礎事實同一的當事人追加.....	182
五、	實質判斷審級利益保障有無之架構.....	183
六、	研究待決問題與未來展望.....	184



裁判索引	185
------------	-----

參考文獻	190
------------	-----

詳 目



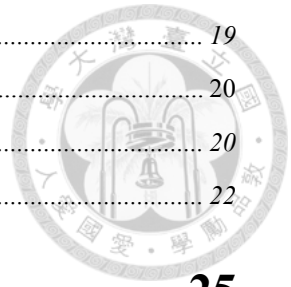
第一章 緒論 1

第一節 研究動機與問題之提出.....	1
第一項 研究動機.....	1
第一款 任意當事人變更追加概論.....	1
第二款 請求基礎事實同一之爭議.....	2
第三款 對當事人變更追加的總檢討.....	4
第二項 問題之提出.....	4
第一款 當事人變更追加之法律性質.....	4
第二款 當事人變更追加之要件效果論.....	5
第三款 請求基礎事實同一之定義.....	5
第四款 當事人變更追加與審級利益之保障.....	5
第二節 研究方法與研究範圍.....	6
第一項 研究方法.....	6
第一款 文獻與實務見解分析法.....	6
第二款 比較法研究.....	6
第二項 研究範圍.....	6
第三節 研究架構.....	7

第二章 當事人變更追加之法律性質 8

第一節 台灣法.....	8
第一項 肯定論—當事人屬於訴之要素.....	8
第二項 否定論—應屬法之續造範疇.....	11
第二節 日本法.....	13
第一項 訴之變更之立法沿革.....	13
第一款 禁止訴之變更的立場轉變.....	14
第二款 請求基礎未變更作為訴之變更界限.....	15
第二項 任意的當事人變更.....	16
第一款 訴之變更說.....	16
第二款 複合行為說.....	17
第三款 特殊行為說.....	18

第三項	訴的主觀追加合併.....	19
第三節	小結.....	20
第一項	當事人變更追加為訴之變更追加.....	20
第二項	當事人變更追加應有條件地直接適用第 255 條.....	22



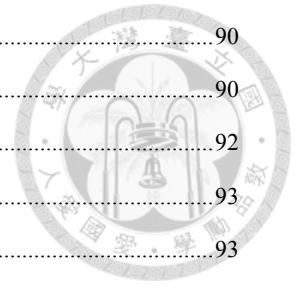
第三章 當事人變更25

第一節	與當事人更正/補正之關係.....	25
第一項	當事人確定理論.....	26
第一款	學說見解.....	26
第二款	以表示說為當事人確定理論.....	27
第二項	當事人同一性內涵.....	28
第二節	原告變更.....	29
第一項	台灣法.....	29
第一款	學說見解.....	29
一、	要件.....	29
二、	效果.....	31
第二款	案例探討.....	32
一、	冒名訴訟.....	32
二、	車禍駕駛者與車輛所有權人.....	33
三、	契約之真正締約人.....	35
四、	團體與團體代表人.....	37
第二項	日本法.....	39
第一款	學說見解.....	39
一、	要件.....	39
二、	效果.....	41
第二款	實務—偏好當事人更正/補正.....	48
第三項	兩國法比較.....	49
第一款	當事人更正/補正與變更的混淆現象.....	49
第二款	原告變更之要件.....	50
一、	新、舊原告之同意.....	50
二、	被告之同意.....	51
三、	新、舊訴之關聯性.....	54
第三款	原告變更之效果.....	55
第三節	被告變更.....	58

第一項	台灣法	58
第一款	學說見解	58
一、	要件	58
二、	效果	60
第二款	案例探討	61
一、	分公司與總公司	61
二、	團體與團體代表人	64
三、	死者與繼承人	67
第二項	日本法	68
第一款	學說見解	68
一、	要件	68
二、	效果	70
第二款	實務—分歧的變更事由	73
第三項	兩國法比較	74
第一款	誤用當事人變更制度對原告之不利	74
第二款	被告變更之要件	76
一、	原告之同意	76
二、	舊被告之同意	76
三、	新被告之同意	78
四、	新、舊訴之關聯性	78
第三款	被告變更之效果	79

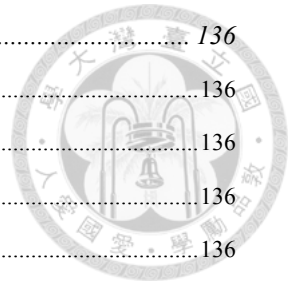
第四章 合一確定之當事人追加83

第一節	起訴時之合一確定必要性概念	83
第一項	合一確定必要之概述	83
第一款	合一確定作為一法律效果	84
第二款	合一確定必要性理論	85
第二項	各類共同訴訟之合一確定必要	86
第一款	固有必要共同訴訟	86
第二款	類似必要共同訴訟	87
第三款	普通共同訴訟	88
第三項	追加時合一確定必要之再探	89
第二節	原告追加	90
第一項	台灣法	90



第一款	學說見解	90
一、	要件	90
二、	效果	92
第二款	案例探討	93
一、	訴訟標的有合一確定必要者	93
二、	訴訟標的無合一確定必要者	99
第二項	日本法	101
第一款	學說見解	101
一、	主觀追加合併概念	101
二、	以複合行為解釋追加原告	102
三、	緩和當事人適格性之見解	103
第二款	實務—追加原告的消極立場	104
一、	以合併辯論取代追加原告	104
二、	欠缺強制追加原告機制	105
第三項	兩國法之比較	106
第一款	合一確定必要之追加原告要件	106
一、	固有必要共同訴訟	106
二、	類似必要共同訴訟	106
三、	普通共同訴訟	107
第二款	強制追加原告之射程	110
第三節	被告追加	111
第一項	台灣法	111
第一款	學說見解	111
一、	要件	111
二、	效果	114
第二款	案例探討	114
一、	訴訟標的必須合一確定者	114
二、	訴訟標的無需合一確定者	117
第二項	日本法	125
第一款	學說見解	126
一、	一般性地承認追加被告	126
二、	關於昭和六二年判決之評論	128
第二款	實務—否定被告之追加	133
一、	昭和六二年判決之否定立場	133
二、	合併辯論於實務上之運用	134

第三項	兩國法之比較.....	136
第一款	合一確定必要之追加被告要件.....	136
一、	固有必要共同訴訟.....	136
二、	類似必要共同訴訟.....	136
三、	普通共同訴訟.....	136
第二款	日本法合併辯論之啟示—追加當事人之效果.....	139



第五章 請求基礎事實同一之當事人追加141

第一節	請求之基礎事實同一概念.....	141
第一項	台灣法.....	141
第一款	學說見解.....	141
一、	社會事實同一說.....	141
二、	判決基礎事實同一說.....	143
三、	紛爭關聯同一說.....	145
第二款	實務見解.....	146
一、	請求基礎事實用語起源.....	146
二、	多數見解—紛爭關聯同一說.....	146
三、	其他少數見解.....	147
第二項	日本法.....	148
第一款	學說見解.....	149
一、	利益說.....	149
二、	事實說.....	150
三、	事實資料一體性說.....	153
第二款	實務見解.....	154
一、	訴之變更結果影響標準說.....	154
二、	利益同一性標準說.....	155
三、	基本事實關係說.....	155
四、	綜合說.....	156
第三項	兩國法之比較.....	156
第一款	日本法上請求基礎之應有樣貌.....	156
一、	社會事實同一說之缺失.....	157
二、	紛爭關聯同一說之問題.....	158
三、	採擇判決基礎事實同一說之正當性.....	159
第二節	請求基礎事實與當事人之變更、追加.....	160

第一項	追加當事人所涉程序利益	160
第一款	處分權主義與辯論主義	160
一、	學說質疑	160
二、	評價	161
第二款	與訴之撤回制度之衝突	161
一、	學說質疑	162
二、	評價	162
第三款	與共同訴訟制度之齟齬	162
一、	學說質疑	162
二、	評價	163
第四款	審級利益之維護	163
第五款	小結	164
一、	請求基礎事實同一之概念涵蓋當事人變更追加	164
二、	實例操作	165
第二項	第二審的當事人追加：民事訴訟之審級利益	166
第一款	審級利益非憲法訴訟權之保障核心	166
一、	大法官釋字對審級利益之闡釋	166
二、	審級利益之限制界線	168
第二款	審級利益屬當事人所得處分之客體	168
第三款	實質判斷審級利益之保障	169
一、	審級利益侵害與否之判準再構成	169
二、	實例操作	176
第三項	第二審的當事人變更	177

第六章 結語179

一、	民訴法第二五五條作為當事人變更追加依據與解釋方向	179
二、	當事人變更	179
三、	合一確定之當事人追加再探	180
四、	以判決基礎事實同一為請求基礎事實同一的當事人追加	182
五、	實質判斷審級利益保障有無之架構	183
六、	研究待決問題與未來展望	184

裁判索引185

參考文獻190



表 目 錄

〈表一〉	58
〈表二〉	81
〈表三〉	172
〈表四〉	175



第一章 緒論

第一節 研究動機與問題之提出

第一項 研究動機

第一款 任意當事人變更追加概論

我國民事訴訟法（以下未特別註明國家者，簡稱為「民訴法」）上的當事人變更、追加，可以區分為法定之當事人變更、追加，與任意之當事人變更、追加。法定當事人變更、追加係指依法律規定之一定事由，不待新、舊當事人之同意，由新當事人取代舊當事人續行程序（如民訴法第 168 條至 172 條、174 條）。任意當事人變更、追加則係指基於當事人之意思，由新當事人取代舊當事人進行程序。後者尚可再區分為「法律特別規定承認」者，如民訴法第 64 條、254 條第 2 項¹，此雖為法律規定，但仍係本於當事人意思決定為變更；「法律未特別規定」者，泛指適用第 255 條之情形：當事人起訴後發現原告非實體上權利人，或者被告非實體法上義務人，甚或係欠缺當事人適格的情況。若是未變更或追加當事人，可能受有敗訴判決之虞，因此以第三人取代原告或被告²。

關於任意當事人變更、追加制度之旨趣，係為避免原告於訴訟過程中發現以訴狀所列之當事人難能對紛爭解決發生實際效果，若不允許為當事人之變更、追加，則對於原告程序利益之保護與整體訴訟經濟之謀求將可能有所妨礙。反言之，若是一概地放任原告為當事人變更、追加，被告將因此隨時處於不安的程序地位，導致個別程序的延滯，甚至造成整體訴訟資源的浪費。因此在允許變更、追加當事人與否的具體操作上，亦須平衡兼顧「**被告之防禦權**」，避免其受到來自於原告之突襲；再者，亦應重視「**變更、追加前所為作成的訴訟資料與證據資料**」，有

¹ 認為此應屬法定之當事人變更、追加者，楊建華（1991），〈當事人之變更或追加與訴之變更或追加〉，氏著，《問題研析民事訴訟法（四）》，頁 256-257，台北：三民。文獻原本記載「第 254 條第 1 項但書」，惟此條已於 2017 年 6 月 14 日修正於同條第 2 項。

² 沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 256，台北：元照。論者尚有認為，依第 41 條第 1 項所選定之當事人，若由多數共同利益人為同條第 3 項之增減、更換，因係基於共同利益人之意思，亦屬任意當事人變更，惟不適用第 255 條之限制。楊建華，前揭註 1，頁 257。

無繼續使用的可能、價值」，而得保護程序利益及訴訟經濟，否則以另行起訴的方式即足；最後，必須觀察「是否可期待原告在起訴時能夠表明適切之裁判方式」，若否，則容許變更、追加，較能適切地保障其提出新請求以追求實體利益之機會³。

第二款 請求基礎事實同一之爭議

民訴法於 2000 年修正時，針對第 255 條第 1 項增定了第 2 款「請求之基礎事實同一」為允許訴之變更、追加事由。探究其修正理由：「原告於起訴後，如可任意將原訴變更或追加他訴，將使被告準備答辯不勝其煩，故本條第一項之規定仍宜保留。惟一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違，因此有放寬訴之變更追加限制之必要」，可知該款之增訂係為透過強化訴之變更、追加範圍，以提升紛爭一次解決機能。雖然修正理由中並未就「請求之基礎事實同一」參考的立法例來源有所著墨，惟文獻上有認為該規定係參考自日本大正 15（1926）年民訴法之草案用語⁴，或有認為係參考日本法立法後之規定，併與摘自我國判例之用語等⁵。確實，在觀察日本民訴法中規定訴之變更的第 143 條第 1 項：「原告以請求基礎未變更為限，在言詞辯論終結前，得為請求或請求原因之變更。但以不因此顯著造成訴訟程序之延滯為限」後，可以發現日本法係將「請求基礎未變更」作為訴之變更的要件之一。由於此用語、概念為日本所新創⁶，且在時間上較我國立法為早，而難以否認對我國民訴法修正有影響。因此，我國立法者於修正 2000 年民訴法時，應曾參考日本法而增訂第 255 條第 1 項但書第 2 款。

然而，依照日本法之通說，第 143 條訴之變更僅限於同一法院中，「兩造為同一」之情況下始得為之，亦即將變更、追加對象限縮於作為訴訟客體的「請求

³ 邱聯恭講述，許士宦整理，（2017），《口述民事訴訟法講義（二）2017 年筆記版》，頁 225-226，台北：自刊。

⁴ 呂太郎（2000），〈原因事實與基礎事實〉，《台灣本土法學雜誌》，11 期，頁 149。

⁵ 司法院（1988），《司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（四）》，601 頁【吳明軒、駱永家、王甲乙發言】。

⁶ 竹下守夫＝上原敏夫「訴の變更」兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成『條解民事訴訟法』833 頁（弘文堂，2011）。

或請求原因」，並不包含「當事人」之變更、追加⁷。相對地，在欠缺明文依據的情況下，日本法之當事人變更係以「複合行為」或者「特殊行為」展開其要件效果論。當事人追加部分則是以最高裁昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決為討論核心；反觀我國法第 255 條係規範「訴」之變更追加，文義上似乎未排除「當事人」之變更追加的適用可能。至此，本文遂於心中浮現一疑問，亦即立法者在修正之時，是否對於日本法上第 143 條之解釋有所忽略，抑或係有意要將第 2 款的適用範圍擴張？要言之，我國法參考日本法所規定之民訴法第 255 條第 1 項但書第 2 款「請求之基礎事實同一」，究竟與日本法有無同異之處，是否得採相同之解釋論，或得否為當事人變更追加？

我國實務雖肯認當事人之變更、追加即屬訴之變更、追加（最高法院 26 年度渝上字第 386 號判例參照），但是對於得否以第 255 條第 1 項但書第 2 款為當事人變更追加，實務上曾經存有歧見。否定見解例如最高法院 102 年度台抗字第 1031 號，其認為所謂請求基礎事實同一，「係指在當事人不變之原當事人間前提下，所為訴之變更或追加，不包括追加被告在列。在第二審追加被告，除合於民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款之情形外，非經他造及被追加當事人之同意，不得為之」；肯定者則如最高法院 102 年度台抗字第 518 號：「民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款所稱之「請求之基礎事實同一」者，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點共通，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之，俾達紛爭一次解決及節省法院與當事人勞費之目的。本款法文，並未明文限制當事人之追加，故應含當事人之追加在內」。限制肯定論者如臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會民事類提案第 36 號之丙說，其雖不否認得以該款為當事人之變更追加，惟第二審時之變更追加因涉及審級利益「故所謂請求基礎事實同一者得於第二審為訴之變更、追加之範圍，原則上應不包含當事人之變更、追加在內，否則即無

⁷ 秋山幹男＝伊藤真＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法 III－訴えの変更§143』174 頁以下（日本評論社，第 1 版，2008）。大阪高判昭和 29（1954）年 9 月 16 日行集 5 卷 9 号 2083 頁。

視於當事人之審級利益，並侵害其聽審請求權，違反新法之立法旨趣」。

一直到最高法院於 106 年度作成第 13 次民事庭決議後，實務的分歧似乎才獲得一個結論。決議所採之丙說認為，第 255 條得作為當事人變更追加之依據，並且進一步認為同條第 1 項但書第 2 款請求之基礎事實同一「因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加」，於第二審的情形時，「依第 446 條第 1 項適用第 255 條第 1 項第 2 款規定變更或追加當事人，須於對造之審級利益及防禦權之保障無重大影響，始得為之，以兼顧當事人訴訟權益之保障及訴訟經濟之要求」。近期於司法院公布之修正民訴法草案第 446 條第 1 項：「有第 255 條第 1 項第 1 款至第 6 款情形之一者，得為訴之變更或追加。但依第二款變更或追加當事人，有礙其審級利益者，不得為之」⁸，更是將該決議見解成文法化。

第三款 對當事人變更追加的總檢討

綜觀上述，似乎可以認為我國法參考自日本民訴法第 143 條 1 項增訂而成的追加變更之要件「請求之基礎事實同一」，其相關論述在施行 18 年後，已經達到一定的成熟度。有別於日本民訴法第 143 條 1 項的限縮，我國實務似乎傾向於擴大解釋為得依此變更、追加當事人。因此本文擬探究當事人變更、追加於我國法的操作情形，其又係如何適用請求基礎事實同一概念，而與日本法的當事人變更、追加制度有何不同。另外，我國法在當事人變更、追加制度中有所闕漏的部分，是否亦得透過與日本法的比較研究中獲得解決方法的啟示？

第二項 問題之提出

第一款 當事人變更追加之法律性質

首先，本文對於主觀的訴之變更、追加與客觀的訴之變更追加究有何種根本上的不同，有所疑問。此涉及得否適用第 255 條為當事人變更追加依據，若是民訴法之當事人變更與追加，在法律性質上屬於訴之變更、追加，則應分析當事人

⁸ 107 年 5 月 31 日本院第 169 次院會通過之「民事訴訟法部分條文修正草案」條文對照表，<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sdMsgId=61978>（最後瀏覽日：06/14/2018）

變更、追加得依第 255 條何款事由為之，特別是 2000 年所增訂第 1 項第 2 款「請求之基礎事實同一」；若否，則應探討是否應為法之續造進行類推適用？關於前者，應進一步研究第 2 款與其他事由之間（特別是第 5 款「訴訟標的對於數人必須合一確定」）究係處於一競合、補充、優先或互斥之關係？又，所謂「請求之基礎事實同一」的概念，雖於我國法上已有諸多文獻討論如何於訴訟客體的變更與追加為解釋，但若是涉及「當事人」變更、追加時，是否得當然同訴訟客體之變更、追加為相同處理，亦或尚需另外考量其他程序利益之因素？

第二款 當事人變更追加之要件效果論

關於當事人變更追加之要件論，可分為當事人變更與當事人追加之要件分別開展，其中後者因涉及合一確定必要之情形，尚可再區分為訴訟標的有合一確定必要（第 5 款）與請求基礎事實同一（第 2 款）的當事人追加。

效果論部分，我國法第 255 條雖明文規定得允許為訴之變更、追加的事由，但該條似乎僅處理到要件之層次，對於效果面的規範則付之闕如。而如同研究動機中所述，如何將舊訴之訴訟資料、證據調查結果用於新訴，乃是承認變更、追加當事人制度的重要旨趣之一。因此在我國法上，是否得透過其他規定，或者僅能依法理來解釋當事人變更追加後的效果，且在此論理的過程中，應如何同時對於新、舊當事人之程序保障予以兼顧？

第三款 請求基礎事實同一之定義

我國向來對於請求基礎事實同一之內涵上，大致上可分為社會事實同一說、判決基礎事實同一說與紛爭關聯同一說。但其主要係以訴訟客體之變更、追加為前提所建構之理論，因此若是肯認請求基礎事實同一得作為變更、追加當事人之依據，此些學說是否能夠當然地套用於當事人之變更追加，抑或需另外考量其他程序法因素，以對於請求基礎事實同一的概念進行再構成，亦有檢討必要。

第四款 當事人變更追加與審級利益之保障

最高法院 106 年度第 13 次民事庭決議認為，若是以請求基礎事實同一為據

於第二審追加被告，應在不侵害新被告之審級利益的前提下始得為之，否則即應由新被告之同意。同樣地，司法院民訴法修正草案亦將該見解明文規定於第446條第1項。自此應可確認，審級利益之保障應為當事人變更追加的重要程序利益之一，並且決議與草案皆係將被告之同意作為審級利益欠缺時的保障手段。惟向來所認之審級利益究竟內涵為何，並不明確。尚且，於第二審之當事人變更追加中，應如何判斷何時已有審級利益之保障，而不必要求新當事人同意，或者何時欠缺對新當事人的審級利益保障而應有其同意，亦屬本文所欲提出的問題之一。

第二節 研究方法與研究範圍

第一項 研究方法

第一款 文獻與實務見解分析法

文獻方面，本文以教科書、專書、期刊論文、研討會報告為搜尋範圍，實務見解則以法源資料庫、Lawsnote 七法資料庫、司法院法學資料檢索系統查詢之。有關日本法，則除前述文獻之書面資料外，以 TKC 法學資料庫檢索學說與實務之見解。以上述資料為分析、整理客體後進行評價，得出我國當事人變更追加與請求基礎事實同一之解釋論。

第二款 比較法研究

由於請求基礎事實同一乃參考日本法所制定，故本研究可謂係受到日本民訴法第143條的啟發而成，而以日本法之研究作為與我國法的比較對象。透過分析日本法之當事人變更、追加制度，觀察是否有我國法變更追加當事人制度上得予以借鏡之處；此外在探究日本法的請求基礎之內涵後，探求我國法是否於當初參考時有所曲解，而應為重新檢討者。

第二項 研究範圍

本文擬基於當事人意思之當事人變更、追加作為研究核心，不包含法定的當

事人變更、追加。又在檢討當事人追加時，不可避免的將觸及第 255 條 1 項但書 5 款的合一確定概念。因此除依第 2 款當事人追加，亦會針對第 5 款的當事人追加為研究。此外，由於涉及第二審變更、追加當事人之審級利益，亦會併同檢討第 446 條。最後，本文囿於篇幅，僅以「依原告意思」的當事人變更追加為核心探討，因此縱然關於反訴制度規定第 260 條「本訴之訴訟標的及其防禦方法相牽連」上，是否包含請求之基礎事實同一或有爭論。此外，家事事件法第 41 條更有規範相類的「請求基礎事實相牽連」，然其尚涉及訴訟事件與非訟事件的審理交錯。以上兩者本文皆暫不予以探討，以留待後人進一步發展。

第三節 研究架構

本於上開問題意識，除本章外，其餘各章節之論述如下：本文第二章將首先探究我國法上當事人變更、追加之法律性質，除我國民事訴訟法法制史之觀點外，亦就實務見解與學說理論進行整理。另外，亦擬整理分析日本法之學說及實務見解後，與我國法進行比較。第三章首先區辨當事人變更與當事人更正/補正後，進一步概述當事人變更一般於學理上所被要求之要件與效果。透過比較與日本法上「任意當事人變更」之異同，整理分析我國實務上常見或較有爭議之案例。第四章則先透過合一確定概念之釐清後，自共同訴訟類型之不同，檢討學說上合一確定之當事人追加之要件、效果。在檢視日本法上「主觀的追加合併」與合併辯論制度後，分析我國實務上常見或較有爭議之案例。第五章將對於請求之基礎事實同一之當事人追加進行分析。雖然日本法之「請求基礎」與我國之「請求基礎事實」在射程範圍上似有不同，但作為參考對象之法律概念，仍有檢討異同之必要。並且以最高法院 106 年度第 13 次民事庭決議與民訴法草案第 446 條 1 項為出發點，檢討審級利益與請求基礎事實同一之關係。第六章則為本文之結論。



第二章 當事人變更追加之法律性質

第一節 台灣法

民訴法於第 255 條、446 條分別規定第一審、第二審的訴之變更追加。民訴法原則上禁止為訴之變更，亦即在訴狀送達被告後，原則上不可變更原訴或追加新訴。然而在符合第 255 條第 1 項、第 446 條第 1 項之事由時，例外可為之。於探究第 255 條第 1 項第 2 款「請求之基礎事實同一」是否能夠據以作為當事人變更追加之依據前，首應探討「當事人變更追加，究竟是否屬於訴之變更追加」一事？若是，「應如何適用第 255 條、446 條」？若否，則其法律上依據為何？對此，我國法上實務雖較無歧見，文獻上則有所爭議。以下自肯、否之觀點，予以概述。

第一項 肯定論—當事人屬於訴之要素

我國最高法院向來對於當事人變更追加定性為訴之變更追加，並無異論。例如最高法院 26 年度渝上字第 386 號判例：「復查，第二審程序中為訴之變更，非經他造當事人同意，不得為之，為民事訴訟法第 443 條第 1 項所明定。又訴之同一與否，以當事人與訴之標的及訴之聲明三者是否同一為準，在訴訟進行中就此三者有一變更，不得謂為尚係同一之訴，即應認其訴業有變更」；同院 41 年度台上第 184 號判例：「按承受訴訟，以有民事訴訟法第 168 條至 172 條及第 174 條所定之情形為限，否則當事人於訴訟進行中有變更，即生訴之變更，非經他造同意，不得為之」。兩則判例皆採取肯定的立場。近來則有最高法院 96 年度台上第 1201 號判決：「惟按當事人、訴訟標的及聲明為訴之三要素，如其一有變更、追加情形，即屬訴之變更、追加；當事人於第二審有無為訴之變更、追加，應以訴之三要素是否與第一審相同為準」。綜上可以發現，最高法院顯然是直觀地認為，既然當事人屬於訴的三要素，則就其之變更、追加的法律性質，自屬訴之變更、追加。然除此之外，判決並未再進一步詳述理由。

學說上持肯定論者，同樣是基於「當事人既屬訴之要素，其變更追加亦為訴之變更追加」作為論述基礎¹。具體的解釋方式上，論者從**體系解釋**之角度觀察，肯認當事人變更追加屬於訴之變更追加。首先，我國法在規定訴之變更追加時，係採取一概括規定。並且，第 255 條已將「訴訟標的對於數人必須合一確定者，追加其原非當事人之人為當事人」作為允許訴之變更追加要件之一。既然當事人變更追加被規定於訴之變更追加的範疇中，則難以否認作為「訴」之要素的「當事人」變更追加不屬於訴之變更追加²。

從**比較法觀點觀察**上，學者指出在德國民事訴訟法第 264 條中，既已有對訴之變更追加設有「不變更請求之原因（Klagegrund，即訴訟之原因）」作為共通要件；至於日本民訴法第 143 條以「未變更請求基礎」為變更追加請求或請求之原因的前提，該條更無包含容許變更當事人之意旨。雖然德國法所謂請求原因與日本法請求基礎並不相同，前者單指訴訟原因（由特定訴訟標的之社會生活事實所組成），後者則係指涉還原訴訟原因為更廣泛的社會事實或者訴訟資料等等³。然相對於我國，兩國法皆未列有如民訴法第 255 條第 1 項第 5 款所規定「追加原非當事人之人為當事人」之情形，日本民訴法第 143 條更排除當事人變更的適用。要之，我國民訴法第 255 條第 1 項第 5 款既得評價為一定要件下為訴訟標的、當事人變更之意旨，而未前置「不變更訴訟標的或請求原因」之要件，應可認為係配合寬許變更、追加當事人所設。因此吾人必須以「不能當然地將德國、日本對於訴之變更追加規定的解釋論套用於我國法」作為前提，而應當且可能以具有相當之獨特性開展我國民訴法之當事人變更、追加論⁴。雖然本文以為，該學者所主張第 255 條未前置「不變更訴訟標的或請求原因」之要件，似乎有過度解釋德

¹ 莊柏林（2000），《民事訴訟法概要》，三版，頁 104，台北：三民。王甲乙、楊建華、鄭健才（2003）《民事訴訟法新論》，頁 350，台北：三民。姚瑞光（2012），《民事訴訟法論》，頁 431-432，台北：自刊。邱聯恭講述，許士宦整理（2017），《口述民事訴訟法講義（二）》，2017 年筆記版，頁 220-222，台北：自刊。

² 范光群等（1990），〈訴之變更追加之研究〉，《民事訴訟法之研討（三）》，頁 554-555【楊建華發言】，台北：元照。氏同時也認為，縱使在立法上有理論爭議，修正前仍應做相同解釋。另參見楊建華（1991），〈當事人之變更或追加與訴之變更或追加〉，氏著，《問題研析民事訴訟法（四）》，頁 256-261，台北：三民。相同見解：許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，頁 480，台北：新學林。

³ 關於請求基礎之定義於日本法容有爭議，詳參考第五章·第一節·第二項。

⁴ 陳榮宗等（1997），〈任意之當事人變更〉，民事訴訟法研究基金會編，《民事訴訟法之研討（八）》，頁 232-233【邱聯恭會後補註】，台北：元照。

國民訴法第 264 條之嫌。蓋德國法所指稱「請求之原因」並不同於訴訟標的，何以謂德國法亦未前置「不變更訴訟標的」之要件？惟結論上本文亦贊同德、日法既與我國第 255 條之規範架構不同，則逕自援用兩國法之解釋論於我國法上，非難謂有不適當之處。。

同時學者亦認為，即便是從**立法沿革**探討，亦不影響肯定的結論。作為我國現行民事訴訟法前身的《民事訴訟條例》，從時代背景來看，不可否認地該條例仍屬於抄襲性繼受德、奧、匈法的產物。1921 年制定時，民事訴訟條例關於訴之變更例外事由的第 299 條，增列第 4 款「該訴訟標的於法律上對於數人必須合一確定，或數人必須一同起訴或一同被訴者，追加其原非當事人之人為當事人」之條件⁵。而 1931 年德國民事訴訟法草案第 222 條規定將原當事人一造變更、追加訴外第三人時，不論該第三人之同意與否，亦不影響適用訴之變更規定等旨，很明顯地將當事人變更列入訴之變更，此係由於當時德國判例仍採取訴之變更說，加上通說亦採該理論進而導致的結果⁶。由於兩者在完成上有「相近似的時代背景」，故難以否認我國自《民事訴訟條例》起即採取肯定論⁷。

即便在 1921 年《民事訴訟條例》中，分別參照德國 1898 年民訴法第 264 條、第 527 條，將訴之變更規定於第 298 條：「訴訟拘束發生後，原告不得將訴變更或追加他訴。但經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限（第一項）被告於訴之變更或追加，並無異議而為本案之言詞辯論者，視與同意變更或追加同（第二項）⁸」；第二審規定第 513 條：「訴之變更追加或提起反訴，非經他造當事人同意，不得為之。但第 299 條第 2 款及第 3 款情形，不在此限⁹」。然而，在德國法於 1924 年修正該些規定為 263 條，將訴之變更規定限縮於「經被告同意或法院認為適當始容許為訴變更」時，我國卻未隨之變更，並延續至現行的第 255 條、第 446 條。可謂我國現行法仍係仿自德國 1924 年前舊法，若忽

⁵ 石志泉（1923），《民事訴訟條例釋義中卷》，頁 40，北京：司法公報發行所。

⁶ 由起草委員 Gaup-Stein 提出。參見鈴木重勝（1959）「任意的当事者変更理論の系譜」早大法学 35 卷 3・4 冊 575 頁。

⁷ 陳榮宗等，前揭註 4，頁 233-237【邱聯恭會後補註】。

⁸ 石志泉，前揭註 5，頁 38 以下。

⁹ 石志泉（1923），《民事訴訟條例釋義下卷》，頁 32-33，北京：司法公報發行所。

略此段繼受史的斷裂，而逕自將現行的德國法與我國法做比較，似有未恰¹⁰。



第二項 否定論—應屬法之續造範疇

與此相對的，對於第 255 條訴之變更追加包含當事人變更追加一事持有懷疑態度者亦在所有。有認為所謂訴之變更追加，是針對「利用在先前之訴訟程序所得之訴訟資料，就新訴為審判為前提，而規定其要件，當事人若有變更，則除在承受訴訟（民訴法第 168 條以下、第 64 條、第 254 條 2 項）之外，不承認訴訟狀態之繼續」。因此，當事人變更的情況，並非我國法上所預想訴之變更追加，而應屬訴之主觀合併的態樣之一¹¹。

此外，更有論者指出，雖然當事人作為「訴」之要素一事並無疑問，但是從法解釋上「法律概念之相對性」的角度來看，並非當然即可將當事人之變更追加納入於 255 條¹²。例如 1911 年《大清民事訴訟律》草案第 313 條 1 項：「訴訟拘束發生後，不得將訴變更。但經被告同意，或不甚礙被告之防禦，或不致延滯訴訟者，不在此限」，其所指訴之變更，依立法理由僅指訴訟客體之變更。又現行法第 255 條之立法理由幾與《大清民事訴訟律》草案相同¹³。是故若要符合立法原意，採取否定論較為恰當。學者並以為，即便 1921 年《民事訴訟條例》關於訴之變更規定的第 298 條之相關註釋明確表明，一旦為當事人之變更追加，即生訴之變更追加¹⁴。然而本條與大清民事訴訟律草案重點相同，在於「被告之保護」。更進一步言，乃是「已收受訴狀送達之（舊）被告的防禦權保障」。綜上所述，該說認為第 255 條係以當事人不變為前提。不過，對於我國法上的當事人之變更

¹⁰ 陳榮宗等，前揭註 4，頁 235-236【邱聯恭會後補註】。

¹¹ 駱永家（1989），〈訴之變更或追加〉，氏著，《民事法研究 III》，頁 115-116，台北：三民。

¹² 王欽彥（2009），〈當事人之變更追加與訴之變更追加〉，《台灣法學雜誌》，142 期，頁 36。

¹³ 「謹按，訴訟之提起若合法，則由此所生之訴送上法律關係，不得因當事人一造之行為而變更之，各當事人有就業經起訴之事求判決之權利。此第一項之所以設也。訴之變更其原因有三：一為訴之原因之變更，一為訴訟物之變更，一為聲明判決請求事項之變更。例如，本請求交付白米百石，變為請求交付千圓，則由於訴訟物變更而其訴變更也。本為請求償款千圓之判決之聲明，變為請求交付白米百石之判決之聲明，則由於聲明之變更而其訴變更也」（以下略）。而第 255 條以「查民訴律第 313 條理由謂」取代大清民事訴訟律草案第 313 條立法理由最初之「謹按」，其他完全相同。參照司法院編印（1986），《民事訴訟法歷次修正條文暨理由彙編》，頁 769。

¹⁴ 石志泉，前揭註 5，頁 38。

追加，或可以第 255 條作為類推適用之依據¹⁵。

學說上另質疑，若將當事人變更追加定性為訴之變更追加，在下列情形將有解釋上窒礙難行之處：例如倘若原本依第 53 條不能提起共同訴訟者，反而得藉由訴之變更追加，達到提起共同訴訟的目的。故在為當事人變更追加時，應受第 53 條即共同訴訟之規定限制¹⁶。或者，由於當事人變更將造成訴訟主體的不同，迫使新當事人接受前訴訟所蒐集之資料拘束，將有礙憲法所保障的訴訟權。但若有被告同意（第 255 條第 1 項第 1 款）之情形時，因無程序權保障欠缺問題，此時例外得允許之¹⁷。又，例如即便由舊原告、被告同意新原告取代舊原告，然而新原告未同意之情形，如何正當化該變更？在上訴審所為的舊原告或被告之變更，在新原告或被告未同意的情形下，如何不影響其審級利益？縱使獲有同意，對於舊原告或被告所為不利於己的訴訟行為，應如何看待其承擔？既然在「當事人」與「訴」之變更追加各有其特性，或許應參照德國法定性為「特殊行為說」，方能合理解釋當事人變更追加之要件與效果，並得維持當事人間之公平、訴訟程序之經濟¹⁸。

不過，亦存有較折衷的意見認為當事人變更追加雖屬於訴之變更追加，惟應有一定的適用限制。蓋觀察德國民訴法 263 條規定訴之變化（Klageheänderung）後，雖然可以發現其欲規範的對象僅限於客觀的訴之變化，本質上卻難以否認當事人變更追加為訴之變更追加。然而，重點在於當事人變更追加的容許要件判斷上，其實和客觀的訴之變更追加不同。是故不能當然適用我國法第 255 條，而應從事法之續造（Rechtsforbildung），將我國法第 255 條 1 項目的性限縮，除了同條項第 5 款得作為「追加被告」之依據外，其他各款僅得適用於客觀的訴之變更追加¹⁹。

¹⁵ 王欽彥，前揭註 12，頁 36-38。

¹⁶ 范光群等，前揭註 2，頁 541 以下。與此相對的，文獻同處亦指出學者以為實務在操作第 53 條時，在要件解釋上並不嚴格，因此沒有必要在訴之變更追加時，如此嚴格地限制【楊建華發言】。

¹⁷ 呂太郎（2016），《民事訴訟法》，頁 398，台北：元照。

¹⁸ 陳榮宗、林慶苗（2016），《民事訴訟法（上）》，修訂八版，頁 246，台北：三民。有關該說，容後於日本法介紹併與說明。

¹⁹ 劉明生（2011），〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三二號裁定〉，《月旦法學雜誌》，191 期，頁 194-195。

就此點而言，我國部分實務裁判亦持類似見解，例如最高法院 102 年度台抗字第 1031 號裁定中，原告 X 本起訴車禍肇事人 Y1 為民法第 184 條侵權行為損害賠償，嗣於第二審追加 Y1 之僱用人 Y2 應負民法第 188 條僱用人侵權責任，遭到法院駁回：「按在第二審追加原非當事人之人為他造當事人，除訴訟標的對於該人必須合一確定者外，非經他造及該人同意，不得為之，此觀民事訴訟法第 446 條第 1 項規定即明。又同法第 255 條第 1 項第 2 款所謂請求之基礎事實同一，係指原當事人間，追加之訴與原訴之基礎事實同一而言」。

又例如臺灣高等法院台中分院 98 年度再易字第 35 號裁定中，大樓之區分所有權人之原告 X1 因被告 Y 無權占有頂樓平台，遂起訴主張民法第 179 條不當得利返還相當之租金，於第二審時追加其他區分所有權人 X2 等為備位原告，亦遭法院駁回：「於第二審追加原非當事人之人為他造當事人，將使被追加之當事人喪失第一審之審級利益，對其保障欠周，故民事訴訟法第 255 條第 2 款所謂請求之基礎事實同一，係指在當事人不變之前提下，所為訴之變更或追加之情形始有適用，應不包括追加備位之原告在列。又當事人之追加非屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，亦非屬因情事變更而以他項聲明代最初之聲明，是在第二審追加原非當事人之人為他造當事人，除合於民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款之情形外，非經他造當事人之同意，不得為之²⁰」。綜上所述，應可以確定在欠缺被告之同意下，不僅被告之追加，實務上亦有見解認為，原告之追加，應限縮於該當第 5 款之情形，始得為之。

第二節 日本法

第一項 訴之變更之立法沿革

有關訴之變更追加，日本民訴法第 143 條 1 項規定如下：「原告以請求基礎未變更為限，在言詞辯論終結前，得為請求或請求原因之變更²¹。但以不因此顯

²⁰ 同旨，台南高分院 97 年度上字第 164 號判決、高雄高分院 94 年度上字第 218 號裁定、同院 97 年度上易字第 68 號裁定。

²¹ 日本法規定的訴之變更，包含了「追加性」與「交換性」變更。伊藤眞『民事訴訟法』600 頁（有斐閣，第 4 版，補訂版 2014）。而這兩者分別可以對應到我國的訴之「追加」、「變更」。

著造成訴訟程序之延滯為限」。同條 4 項並規定：「法院在認為請求或請求原因之變更有不當時，應依聲請或職權為不許變更之裁定」²²。單從條文文義以觀，第 143 條僅限於「請求」或「請求原因」之變更、追加，並無法直觀地得出當事人變更追加是否為訴之變更追加的結論。因此，日本法針對任意的當事人之變更、追加在學理上分別以「任意的當事人變更」與「訴的主觀追加併合」檢視之。以下，遂就其法律性質，概要說明相關學說。

第一款 禁止訴之變更的立場轉變

1877 年舊德國民訴法第 240 條係將訴之原因變更作為訴之變更，原則上採取禁止立場，僅於被告同意或默示同意時始得為之。此一禁制訴之變更的立場影響至明治 23（1890）年的日本民訴法第 195 條、196 條，其亦採取「被告不同意即不得為訴之變更」、「被告同意即得為訴之變更」的二分架構²³。雖然，德國舊民訴法於後逐漸放寬訴之變更的限制，認為在法院認為適當時，亦得允許訴之變更，但是並未改變其對於訴之變更禁止原則的基本立場，而僅係將法院的裁量作為緩和禁止訴之變更的手段。惟此點亦影響當時日本法的立法者思維，其認為為了因應日漸複雜的實體法體系，容許訴之變更應為程序法的未來發展趨勢，以合致於訴訟經濟的程序因素。不過問題即在於究竟如何劃定允許訴之變更的範圍²⁴，以避免變更後的裁判無法利用進行至變更前的訴訟程序結果，甚至導致被告陷於應訴之困難、訴訟更加複雜而有顯著延滯情形？

就此，立法者除了揚棄過去分別於第一審、第二審規定「訴之原因變更」與「訴之變更」的用語外，在大正 15（1926）年修正時，將其統一為「請求或請求原因之變更」，以避免使用「訴之變更」用語造成變更客體的模糊。並且，在允許訴之變更的條件上，另規範「請求基礎未變更」與此相扣合，以期明確劃定訴之變更的界線²⁵。所謂「請求」（又稱訴訟上請求）係指原告對被告所提起的權利

²² 同條 2 項、3 項乃規定提出請求變更方法之條文，在此容不贅述。

²³ 中村英郎「訴の變更理論の再検討」中務俊昌ほか編『民事訴訟の理論：中田淳一還曆記念』（有斐閣，1969）172 頁以下。

²⁴ 中村英郎・前掲注（23）175 頁。

²⁵ 中村英郎・前掲注（23）153 頁以下。

主張，亦稱作訴訟標的；「請求原因」則係為了特定原告之請求的必要事實，如權利內容、權利的發生原因等²⁶。



第二款 請求基礎未變更作為訴之變更界限

於大正 15 年修正案制定階段中，條文本非使用「請求基礎」而是「請求基礎事實關係」之用語，此乃源自於請求原因應如何記載的爭議。於修法階段中，起草委員參考事實記載說（Substanzierungstheorie，或稱實體化說），其認為請求原因即是「足以支持原告請求的事實關係記載」，故以「請求基礎事實關係」用語，即可判斷請求變更前後是否具有同一性（Identität）；然而相對地，修法調查委員會則採擇法律要件說之見解（Individualisierungstheorie，或稱個別化說、同一認識標準說），以為原告所記載之請求原因，應以「得與其他訴訟標的權利或法律關係相區辨」時始該當之。兩說區別實益在於，假令原告針對被告最初基於消費借貸關係提出金錢之給付請求，嗣後就同一筆金錢改主張為寄託物的返還。按照事實記載說，因皆是同一給付金額的事實，並不屬訴之變更；但於法律要件說的邏輯下則因該當不同請求權，故屬訴之變更²⁷。

歷經修法過程的兩說對立後，最終修正的確定案以「請求基礎」為正式的法條規範，似乎可以認為立法者希望專注於變更前後同一性的有無，不必也不應再拘泥於「事實關係」的用語²⁸。惟兩說基於各自的立場，對於「請求基礎」之內涵仍有不同表述。事實記載說認為請求基礎即為「作為基礎的事實」；法律要件說認為請求基礎則屬「訴訟標的之權利的同一認識標準之主要部分」；實務更有認為，應以「變更有無顯著遲延訴訟程序」來決定有無請求基礎變更²⁹。由是可知，法條最終使用「請求基礎」的用語，也僅僅是兩說衝突下的產物，仍未對於在何時、何種情況下得為訴之變更達到一個共識，進而引發請求基礎未變更究竟為何的爭論³⁰。

²⁶ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義』（有斐閣，第 3 版，2018）30・37・49 頁。

²⁷ 中村宗雄『訴の變更と請求の基礎』『判例民事訴訟研究』1 卷（巖松堂，1939）359 頁以下。

²⁸ 中村英郎・前掲注（23）177 頁以下。

²⁹ 中村英郎・前掲注（23）178 頁以下。

³⁰ 詳參第五章・第一節・第二項。



第二項 任意的當事人變更

第一款 訴之變更說

在過去的日本法學說上，論者認為，所謂的訴之變更乃是「起訴後就訴之要素的事項為變更」。而「訴」乃是由當事人、法院、訴訟標的（請求原因）與請求旨趣所構成，故若其一有所變動，當然為訴之變更³¹。實務上，亦曾有基於同樣論述，而認當事人變更追加為訴之變更者³²。

該說的優點在於，若將當事人變更追加視作訴之變更追加，由於新當事人將承繼舊訴的法律關係，故對於舊當事人的辯論與證據調查結果，也在必要限度內承繼。並且若在有起訴期間限制的訴訟，亦被視作已適時提起。此外，採取該說尚可避免不允許當事人變更追加後的另行起訴，將有益於訴訟經濟。既然在沒有其他非與訴之變更區別處理的理由存在的情況下，該說對於實務的操作上可謂極其便利³³。不過值得注意者在於，**即便是採取該說的學者，也不認為可以直接適用訴之變更追加規定**。一來由於日本民訴法已有針對當事人變動各別規定；二來若直接適用，實際上將悖於日本民訴法第 143 條訴之變更所規定的「請求旨趣與請求原因變更」³⁴。

反對訴之變更說者認為，從訴之要素的角度來看，雖然無法當然否認當事人之變更得視為訴之變更。不過這也僅限於在學理上將當事人變更分類為「廣義」的訴之變更。然而不論在法律沿革或者理論來說，**第 143 條的訴之變更皆是以當事人的同一性為前提，亦即「狹義」的訴之變更**³⁵。日本學者認為：過去德國法雖然將當事人變更解釋為訴之變更，但是依現行德國民訴法第 263 條³⁶，訴之變更要件有二：一為「被告同意」，二為「法院認為適當」，若是直接套用於當事人

³¹ 前田直之助『民事訴訟法講義』第 2 編（巖松堂，1917）92 頁以下。

³² 例如大判明治 34（1901）年 10 月 9 日民錄 7 輯 9 卷 37 頁、大判昭和 3（1928）年 8 月 8 日民集 7 卷 891 頁、東京地判昭和 33（1958）年 9 月 3 日判例時報 165 号 30 頁。

³³ Schönke-Schröder-Niese, ZPR § 30 III S. 145f. ; Schönke-Schröder-Niese, ZPR S. 146. 轉引自飯塚重男「任意的当事者変更」上智法學論集 5 卷 2 号（1961）204 頁以下。

³⁴ 飯塚重男・前掲注（33）205 頁以下。不過亦有學者認為，既然一般性地規定「請求原因」之變更，並不當然可以導出排除當事人變更的意旨，前田直之助・前掲注（31）100 頁以下。

³⁵ 菊井維大「訴の変更」『民事訴訟法講座』1 卷（有斐閣，1954）186 頁以下。

³⁶ 「訴訟繫屬後，若被告同意或法院認為適當時得為訴之變更」。文獻上引用為舊德國民訴法第 264 條。

變更，兩者皆有其問題。首先，所謂「被告」同意，特別是在變更被告的情形下，指涉的究竟是新被告或者舊被告，甚至是兩者的同意？此外，這些同意的內涵又應如何看待？其次，在變更前後的當事人具有同一性的角度來看，由於實際上並不會造成被告的防禦困難，亦可達成避免原告再行起訴等訴訟經濟上要求，固然可以認為由法院來認定適當與否有其意義。不過，若是變更為不具同一性之第三人（特別是變更被告時），對於其所受的拘束，將陷其於不利³⁷。

此觀點係受到德國早期學者 Kisch 的複合行為說所影響，Kisch 認為，訴之變更仍是以「當事人的同一性」亦即「訴訟法律關係的同一性」作為前提。由於當事人的變更將會導致訴訟法律關係之變異，兩者欠缺統一性掌握的基礎。此外，訴之變更說僅是將當事人變更在外型上類似於訴之變更，理論上直接適用訴之變更的原則，有其論理上的難處。更重要的是，既然變更當事人後導致訴訟法律關係之變更，顯難想像僅依原告意思，便強制將與訴訟無關之第三人加入訴訟，更何況是代替其作為原告。而被告方面，舊被告退出訴訟亦不當然使新被告立於被告地位，而必須另外由原告對其提起新訴³⁸。此外，若上訴第二審已具備第 143 條要件，卻在未有新當事人的同意下承認當事人變更，是否對新當事人過於嚴苛³⁹？種種質疑下，現行日本學說已無人採取此說。因此，本文在後述亦將不分析基於此說的要件與效果。

第二款 複合行為說

在認識到訴之變更說的缺點下，日本學說引進了德國 Kisch 的複合行為說⁴⁰。該說以為，變更當事人乃是由「對新當事人（或由新當事人）提起新訴」、「對舊當事人（或由舊當事人）撤回舊訴」兩行為所構成⁴¹。雖然在外形上是同一程序，但分別獨立判斷兩行為的要件與效果。因此，有可能因為其中之一行為要件欠缺而變成全部的訴訟消滅，亦有可能反而造成二個訴訟皆併存。此外，雖然可以於

³⁷ 高島義郎「當事者の変更」『関西大学法学論集』8卷6号（1959）35頁以下。

³⁸ Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, 1912 29f. 31f. 39f. 41. 轉引自飯塚重男・前掲注（33）206頁以下。

³⁹ 上野泰男（1979）「當事者の変更」民事訴訟法の争点・旧版 74頁。

⁴⁰ 兼子一「訴訟承継論」『民事法研究 I』（酒井書店，1940）頁 11 以下。

⁴¹ 上野泰男・前掲注（39）74頁。

上訴第二審為訴之變更，但當事人變更則否。

在日本法欠缺任意的當事人變更明文規定的情況下，該說被視作通說⁴²，並且實務亦不乏有採取該見解者⁴³。雖然有論者質疑，由於此說將當事人變更的行為分別成新、舊二訴獨立看待，因此舊訴所為的訴訟資料，原則上不能於新訴利用。就此點而言，複合行為說被質疑於實務操作的便利性上有明顯的缺陷，甚至可以說逸脫了當事人變更的核心目的——「訴訟的連續」⁴⁴。對此，贊成此說者遂自下列觀點修正：從共同訴訟或合併辯論的主張、證據共通原則來看，即便是採取該說，也應當可以利用舊訴訟資料⁴⁵。另外，若對舊訴狀補正，即可於與新訴重複的情形流用，並且亦承認起訴中斷時效的效果。更重要的是，舊訴所為的辯論與證據調查結果，可視新當事人、對造是否援用。若新當事人或其訴訟代理人已於舊訴實質參與審理，便不得拒絕同意利用該資料⁴⁶。

第三款 特殊行為說

相對於複合行為說，德國學者 de Boor 提倡之特殊行為說乃是將當事人變更作為一個獨立行為，判斷其要件與效果⁴⁷。依照該說，若是欲變更原告，應由新舊原告提出聲請，並由被告同意；反之在變更被告的情形下，須有原告的聲請與被告同意。雖然是否需有新被告之同意，仍有爭議。若具備之，在上訴第二審時亦得為當事人變更。此外，與複合行為說不同，舊訴之訴訟資料仍可於新訴利用。不過未曾參與前訴訟之新被告，對於舊訴的訴訟資料之利用、自認或攻防方法的提出，得聲明異議⁴⁸。

⁴² 齋藤秀夫「当事者の変更」『民事訴訟法概論』（有斐閣，新版，1982）499 頁。

⁴³ 例如大阪高判昭和 29(1954)年 10 月 26 日下民 5 卷 10 号 1787 頁、福岡高判昭和 34(1959)年 10 月 13 日下民 10 卷 10 号 2171 頁、奈良地判昭和 39(1964)年 3 月 23 日下民 15 卷 3 号 586 頁、名古屋地豐橋支判昭和 49(1974)年 8 月 13 日判例時報 778 卷 80 頁。

⁴⁴ 鈴木重勝・前掲注(6) 570 頁。

⁴⁵ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義』（有斐閣，第 3 版，2018）621 頁。因為在提起新訴時，「瞬間地」與舊訴成立了共同訴訟。Kisch 也將任意當事人變更視作一共同訴訟之型態。Kisch, a. a. O.S. 59ff.

⁴⁶ 高島義郎・前掲注(37) 45 頁・50 頁；福永有利「任意的当事者変更」『民事訴訟当事者論』（有斐閣，2004）545 頁。

⁴⁷ de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1943. 轉引自上野泰男・前掲注(39)・74 頁。

⁴⁸ 上野泰男・前掲注(39) 74 頁以下。

此說看似有效地解決了複合行為說的缺陷。雖然其與修正後的複合行為說，除了下述三點之外，並沒有太大差異：(1) 採取複合行為說者無法於第二審提出當事人變更，但特殊行為說則得為之；(2) 複合行為說仍有新、舊訴的程序分裂可能⁴⁹，特殊行為說則無；(3) 複合行為說的要件由於較廣，對於其效果難以一概而論；特殊行為說則反而因為最初允許的要件嚴格，效果較能統一說明。不過學說亦曾認為，二說中究應採取何者，毋寧僅為立法政策上的選擇⁵⁰。

值得注意者，該說最終仍沒有在日本學說上立於主導地位。原因或在於學者曾有批評，此說其實與複合行為說的修正後並無太大差異。並且，直到第二審才發現誤認被告的情形是屬於較例外的情形才會發生，因此遂無採特殊行為說，於第二審允許當事人變更的實益。此外，應該避免承認訴訟法上未規定的特殊行為之概念⁵¹。

第三項 訴的主觀追加合併

日本學說將兩當事人在訴訟繫屬後，由當事人或第三人之行為成立共同訴訟的情形，稱之為「訴的主觀追加合併⁵²」。由於本文所要討論的部分，為「基於當事人意思」所為的主觀追加合併的範疇，故以下所指涉的訴的主觀追加合併，皆係以此為前提。

有關於訴的主觀追加合併之「法律性質」，在日本學理上鮮有討論，而將重點置於訴的主觀追加合併的「容許性」。此點，容後於第三章日本法部分再行詳述。若是理論一貫地套用變更當事人的學說思維，首先，既然日本通說既認為訴之變更乃是基於當事人的同一性作為前提，是故訴的主觀追加合併，自也在其範圍之外⁵³。其次，按照複合行為說的邏輯，當事人之追加應屬當事人之變更的一

⁴⁹ 例如，一審與二審對於新訴提起與舊訴撤回的合法認定可能有異，如此將造成審級上的分裂。福永有利·前揭注(46) 536頁。

⁵⁰ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義』(有斐閣，第2版，2006) 623頁。應注意有關此段記載(採取修正複合行為說或特殊行為說應為立法政策上選擇)，於本文獻再版後已被刪除。

⁵¹ 伊藤眞·前揭注(21) 118頁。學者認為雖然一審做成一造辯論判決時，當然有可能至二審才發現誤認被告的情形，不過此時也顯難期待被告的同意。

⁵² 伊藤眞·前揭注(21) 633頁。

⁵³ 不過過去德國法有見解認為，當事人追加亦屬訴之追加。Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2 Aufl. S.308, 309. 轉引自鈴木重勝·前揭注(6) 572頁。

種，兩者在「新訴的提起」上並無不同。而前者不同於後者，並不包含撤回舊訴的部分。Kisch 同時也認為，必須要符合共同訴訟要件始可追加，並且分別適用通常或必要共同訴訟的原則⁵⁴。



第三節 小結

台灣法對於當事人變更追加的法律性質，多半採取肯認為訴之變更追加的立場。然而，鑑於當事人變更追加的特異性，另外應就程序利益、審級保障、處分權主義、辯論主義等加以考量⁵⁵。此外，即便是否定說的學者，縱使不認為可以直接適用，亦有論者認為有類推適用第 255 條的討論空間。而日本法雖然在訴之變更的規定上設有「請求基礎未變更」之明文，但從上述整理中可以認為，日本法上的當事人變更追加完全跳脫了訴之變更的範疇，屬於獨立的法律概念。縱有複合行為說與特殊行為說的紛爭，最終仍是以修正後的前者佔據通說地位。

雖然可以發現持否定說似乎取徑於德國、日本法，認為訴之變更必須基於「當事人同一性」作為前提。不過在我國第 255 條沒有明文規定的情況下，倘若在我國法上採取該解釋，應有極強的正當性足以作為論述基礎。結論上，基於下述理由，本文肯定當事人變更追加作為訴之變更追加的一種態樣，並可依第 255 條判斷容許性。

第一項 當事人變更追加為訴之變更追加

首先，就文義解釋來說，我國法在第 255 條、446 條之規定，明確指出為「訴」的變更與追加。此點在和日本法第 143 條的「請求或請求之原因變更」即有所不同。要言之，我國法在為文義解釋得否依此條為當事人變更追加時，即相對於日本法擁有更大的操作空間，而不必侷限於當事人同一性的訴之變更前提。

自立法解釋而言，從比較法觀點出發的否定論雖看似有其論據，但誠如學者觀察我國之立法沿革所言。在通往現行民事訴訟法的進程中，我國法顯然在後期

⁵⁴ Kisch, a. a. O. S. 59ff. 轉引自飯塚重男·前掲注(33) 208 頁以下。

⁵⁵ 參照陳瑋佑(2017)，〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 7-8。

已經與德、日的發展有所不同。若逕自將現行的外國法討論適用於我國解釋論，不免有所不恰之處。本文雖然也曾反思，在我國法後期乃至於 2000 年修正時，也未隨著德、日修正為須以當事人同一性作為訴之變更前提，是否代表著我國未能夠跟上母國法的修正思維？對此，藉由細探修正理由：「原告於起訴後，如可任意將原訴變更或追加他訴，將使被告準備答辯不勝其煩，故本條第一項之規定仍宜保留。惟一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違，因此有放寬訴之變更追加限制之必要⁵⁶」，可以發現立法者在此作出的價值選擇，乃是盡可能地擴大紛爭解決可能。因此，在認識我國第 255 條規定時，不應該以窄化的角度來觀察。

而有關前所提及的《大清民事訴訟律》與 1921 年《民事訴訟條例》之立法目的考察，本文亦認為有值得商榷之處。誠然，《大清民事訴訟律》即便未曾正式施行，仍於我國之後的民事訴訟法制定占有重要地位⁵⁷。並且，按其「僅承認「訴之原因」、「訴訟物」、「聲明判決事項」之變更⁵⁸」的立法理由，固可以推論出否認當事人變更的結論。然而直接略過 1921 年《民事訴訟條例》的立法旨趣⁵⁹，未注意立法史乃是線性的產物，在法學方法論上似有未恰。縱使在 1986 年時制定民訴法時，立法理由完全沿用了《大清民事訴訟律》，似乎又走了回頭路。惟於 1992 年的修正理由尚有「放寬訴之變更追加限制之必要」等記載云云。要言之，本文認為在綜合我國民事訴訟法法規的諸多立法理由來看，現已欠缺一再拘泥於排除當事人變更追加為訴之變更追加之外的充分必要性。

最後，從體系解釋觀點論，若是欲將當事人變更、追加限縮於第 5 款之事由，立法技術上理應特別獨立為另一條文。惟新法制定時，特別將關於舊法訴之變更

⁵⁶ 民事訴訟法修正草案初稿條文暨說明（1992），頁 236，台北：司法院秘書處。

⁵⁷ 楊建華（1988），〈八十年來我國民事訴訟法之概況〉，《輔仁法學》，7 期，頁 290 以下。另參照陳剛、何志輝、張維新（2004），〈清末民事訴訟立法進程研究〉，陳剛（編），《中國民事訴訟法制百年進程》，第一卷，頁 132-138，北京：中國法制出版社。沈冠伶（2014），〈東亞法院的民事紛爭解決〉，葉俊榮主編，《轉型中的東亞法院—基本形貌、紛爭解決與行政治理》，頁 70-75，台北：台大出版中心。

⁵⁸ 司法院編印，前揭註 13，頁 769。

⁵⁹ 文獻上指出依該條例之旨趣，當事人變更亦為訴之變更。參照石志泉，前揭註 8，頁 38 以下。

規定從第 255、256 條統整所有得為訴之變更事由於第 255 條，批評者雖認為此處係立法者大玩文字遊戲⁶⁰，然亦非不可認為立法者係有意將「所有」訴之變更與追加之事由統一，因此欠缺限縮解釋之必要。是故肯定說在體系解釋上的操作應有可採，其認為既然第 5 款被列入訴之變更追加，而在第 255 條當中，係作為一種當事人變更追加的例示。綜上所述，本文認為當事人變更追加，在性質上亦為訴之變更追加⁶¹。

第二項 當事人變更追加應有條件地直接適用第 255 條

在定性當事人變更追加為訴之變更追加之後，需再行梳理當事人變更追加與第 255 條的關係之連結。本文認為當事人變更追加應有條件地適用第 255 條，並且無須另為目的性限縮或者類推適用，理由說明如下。

首先，前述文獻既認為民訴法第 255 條必須「目的性限縮」於該當第 1 項第 5 款的情形為被告之追加，表示其認為該條存有「隱藏的法律漏洞」，亦即直觀第 255 條似乎可以全部適用於當事人變更追加，但在評價上並未慮及當事人變更追加之特質，而欠缺對於當事人變更追加的適當限制⁶²。但是本文認為此說並不可採，理由有二。第一，該說在解釋上即存有內部的矛盾：循前述立法理由的解釋之脈絡來看，既然立法者就第 255 條的理解採取較為開放的態度，若在最初即採取論者所以為「有關第 255 條與當事人變更追加，應限縮於該條第 1 項第 5 款」之見解（亦即將當事人變更追加限縮於「訴訟標的上有一合一確定必要時」），難免會產生與立法目的相悖之違和感。此外，第 5 款之規範乃是因為數人之間在訴訟標的上有一合一確定必要，因此促成當事人的程序利益「被動」向訴訟經濟的公益要求退讓。然而弔詭的在於，此說似乎未意識到第 5 款與第 1 款之關聯，而忽略了當事人之程序主體權。亦即如果被告經衡量後認為當事人變更追加並無礙其程序利益，進而「主動」同意（同條第 1 款），則依照該限縮見解之意旨，此時反而不得為變更追加，在邏輯上並無法自圓其說。第二，論者所謂第 255 條「隱藏

⁶⁰ 姚瑞光，前揭註 1，頁 432-433。

⁶¹ 關於第 255 條各款具體上應如何適用於當事人變更追加，容後於第三、四章詳述。

⁶² Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2013），《法學方法論》，頁 287、300，台北：五南。

的法律漏洞」並不存在。核隱藏的法律漏洞乃是法律之文義過寬所致適用範圍過大，與法律之目的不相符⁶³。按目的限縮論者之邏輯，第 255 條第 1 項明文規定「訴」之變更追加，其文義過於廣泛，而不應包含「當事人」之變更追加。惟經前開立法解釋後本文發現，第 255 條之立法目的並未排除當事人變更追加之情形，因此要無與法律目的不相符的情形存在。

其次，當事人的變更追加是否應「類推適用」第 255 條？若是持肯定論，則表示第 255 條對於當事人之變更追加的規範上存有「開放的法律漏洞」，亦即民訴法之目的雖應包含當事人變更追加之規範，但是即便有第 255 條的存在，法律上仍欠缺適當的適用規則⁶⁴。本文基於下列兩點反對之。**第一，第 255 條之適用範圍本即涵蓋當事人之變更追加。**雖然，「法律體系上的地位，僅為解釋法律的一項方法，並非絕對，仍須參酌其他因素決定之」⁶⁵，因此僅以體系解釋觀點論，並非當然可得到直接適用第 255 條為當事人變更追加之結論。然而除體系解釋外，經由前述文義解釋、立法解釋與修正沿革的考察後，應可作為直接適用說的有力論據。**第二，所謂「開放的法律漏洞」同樣不存在。**認為應類推適用的學說，係以當事人的變更追加與一般的客觀訴之變更追加不同，有其程序上的特殊性（例如審級利益、處分權主義的適用等等）作為論述前提。要之，當事人變更追加所涉的程序上特殊性即構成了第 255 條的法律漏洞。然而，**這些差異其實在肯定說的論述上，也不曾受到忽視**⁶⁶。例如，即便符合第 255 條第 1 項各款之事由，基於處分權主義，新原告應有起訴之意思，始得變更或追加新原告；此外，在變更原告或被告之情形，若是被告已行言詞辯論，為保障其取得正當判決之期待利益，應有其同意（第 262 條第 1 項但書參照）始得為之；又，變更追加當事人後，倘若新當事人對於舊訴之訴訟遂行狀態（例如：舊當事人之自認、證據調查結果等）有所爭執，亦須賦予其爭執之機會，以保障其聽審請求權。而即便非以第 255 條第 1 項第 5 款追加新當事人，亦能與第 53 條共同訴訟規定相契合；最後，於

⁶³ Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 62，頁 300。

⁶⁴ Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 62，頁 288。

⁶⁵ 王澤鑑（1999），《法律思維與民法實例：請求權基礎理論體系》，頁 270、287，台北：自刊。

⁶⁶ 陳瑋佑，前揭註 55，頁 7-8。

第二審之當事人變更追加，亦需衡量新當事人之審級利益保障⁶⁷。要言之，若是論者所以為的第 255 條之法律漏洞，皆能透過民訴法其他規定與程序法理之解釋兼顧之，則應可認為該法律漏洞不存在，而無類推適用之必要。

綜合上述，第 255 條之「法律基礎的規整計畫」既包含了當事人之變更與追加，而可謂當事人之變更追加於我國民訴法上不具有「違反計劃的不圓滿性」之開放或隱藏的法律漏洞⁶⁸，而不必為類推適用或目的性限縮，直接適用第 255 條並不會產生解釋上困難。因此，本文以為我國法上的當事人變更追加，應屬訴之變更追加，而於適用民事訴訟法第 255 條、446 條時，在解釋上仍應考量到其他審級利益、處分權主義、避免訴訟延滯等程序法上基本要求。

⁶⁷ 有關當事人變更追加之程序上特殊性，詳參第五章、第一項。

⁶⁸ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 62，頁 283、285。



第三章 當事人變更

誠如前述，就當事人變更、追加的法律性質，本文認為應屬訴之變更，並且有條件地適用民訴法第 255 條。然而，具體上各款的適用情形(要件層面)為何，以及其適用後對於當事人的拘束(效果層面)等，則有待進一步討論。此外，本文認為在當事人變更與追加，兩者所要考慮的要素並不盡然相同(特別是變更尚涉及舊當事人脫離訴訟問題)，因此本章首先就第一審之當事人變更的部分進行檢討，並區分原告之變更及被告之變更，分別予以討論。

第一節 與當事人更正/補正之關係

在正式進入當事人變更的討論前，首應先區辨「當事人變更」與「當事人更正/補正」的處理射程。在當事人兩造對立架構下，原告應就訴狀之當事人欄記載至足資區別、特定兩造為誰之程度，裨益判斷當事人同一性。所謂當事人更正/補正係指當事人之記載有誤寫或不正確時，修繕訴狀上當事人欄位之行為¹。其與當事人變更差別在於前後的當事人是否具有同一性。若為否定，應屬於當事人變更，而必須進一步判斷有無符合民訴法第 255 條第 1 項各項事由的要件；若為肯定，則屬當事人的更正/補正，應由法院命原告為訴狀的更正/補正即可(民訴法第 249 條第 1 項但書第 6 款)。我國法院雖較無此傾向，但日本文獻指出部分實務見解在變更當事人方面，係以當事人更正/補正²的方式作為解決手段³。

關於兩者的區別實益，以本章第三節提出的「死者訴訟」為例簡要說明之。在日本法中，若是起訴後方得知被告已於起訴前死亡，改列被告為死者之繼承人

¹ 呂太郎(2016)，《民事訴訟法》，頁 78，台北：元照；邱聯恭(2017)，《口述民事訴訟法講義(二)2017 筆記版》，頁 26 以下，台北：自刊。

² 日本法上之用語為「当事者表示の訂正」，即當事人表示的訂正。不過細究其意涵實為「將原記載於訴狀上之人變更為具有同一人格之人」，實與我國法上當事人更正/補正相同，為統一用語，以我國法所稱當事人更正/補正為準。參照秋山幹男=伊藤真=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彥『コンメンタル民事訴訟法 I—当事者前注』276 頁(日本評論社，第 2 版，2006)

³ 詳參本章第二節、第二款。

係被視作當事人更正/補正的範疇；與此相對，我國實務上雖以未被裁定駁回作為前提，允許變更被告為死者之繼承人（最高法院 102 年度台抗字第 589 號裁定參照⁴），但若原告未能即時聲請變更以致遭到駁回，在不可歸責於原告的情況下，豈非有害於原告的程序利益？僅就此點來看，便可發現有必要檢討二者的射程差異。更何況，二者在效果上亦有所不同。若是判斷為當事人更正/補正，因屬同一訴訟的續行，更正/補正後之當事人承繼更正/補正前的一切訴訟效果⁵，故在訴訟上的連續性不至於中斷；反言之，若是為當事人變更，則因涉及舊訴之撤回與新訴之提出，兩者之間將因此呈現一斷面。從司法資源的角度來看，舊訴的訴訟狀態應如何在新訴中繼續發揮作用，並且與避免造成對於新當事人的突襲之間取得平衡，即屬吾人所不得忽視者。

第一項 當事人確定理論

就應如何劃分當事人變更與當事人更正/補正的界線一事，實與當事人確定理論有所關聯。蓋所採的理論不同，即會影響當事人同一性的有無，進而關涉到兩者界線的推移。以下遂劃分兩大類判斷標準簡要討論之。

第一款 學說見解

第一類判斷標準係以「程序開始」作為確定當事人的基準時點。**意思說**係以推求原告之內心意思為基準，因此若是訴狀表示者和當事人真正意思不一致，便屬更正/補正問題；至於訴狀表示者與真正當事人不一致時，則生當事人變更問題。惟此說並未就如何認定原告之主觀意思提出具體辦法。**表示說**則繫諸於起訴狀之記載內容（當事人欄、訴之聲明與原因事實⁶），一旦與真正當事人有所不一致，原則上為當事人變更的處理範疇。此說另於表示不明確時，例外採取意思說由法院闡明原告表明之。此說雖因其明確性，而可滿足訴訟法上定型性需求，於

⁴ 「原先列之被告 Y1 雖於起訴前死亡，惟於台灣台北地方法院（下稱台北地院）裁定駁回起訴前，訴訟繫屬並未消滅，相對人非不得利用仍存在之訴訟程序為訴之變更及追加，因而以裁定將台北地院駁回相對人訴之變更、追加之裁定予以廢棄。」

⁵ 魏大曉（2015），《民事訴訟法》，頁 53。台北：三民。

⁶ 此說尚可再區分為形式表示說（僅依訴狀中的當事人欄位判斷）、實質表示說（除當事人欄位外，再綜合訴之聲明與原因事實判斷），魏大曉，前揭註 5，頁 52。

兩國法之文獻上各有所採⁷。然在冒名訴訟或死者訴訟之情形，則有重行起訴或者判決效力範圍之問題。行動說/舉動說則由訴訟上實質實施訴訟者為當事人，因此與訴狀記載之人不同者便屬當事人變更。然而。此說未能明確提出以何種標準把握實際上由誰起訴或被訴，特別是原告透過代理人或使者提出起訴狀時，究竟是由原告或者代理人、使者之行動作為實際行動，難以界定。

第二類判斷標準則除了原告於「程序開始」所提出的訴狀外，另斟酌「表徵於訴訟進行中的資料」，以擴張確定真正紛爭主體的路徑，進一步追求於事案中的具體妥當性。首先適格說誠如其名，係將當事人適格之判斷標準作為確定當事人標準。是故縱於訴狀記載有所不一，因具有當事人同一性，以更正/補正即可解決之。此說之重點雖在掌握複雜之訴訟資料以解決紛爭，但是在起訴階段時，因僅有起訴狀作為訴訟資料，故難以發揮其作用。規範分類說係以程序前、後階段區分，前階段以行為規範角度採取表示說；後階段則依循評價規範採取適格說⁸。此說雖然能夠兼顧訴訟前、後階段之各種程序法基本需求，但是由於此說之標準具有浮動性，對於如何在訴訟過程中使標準更為明確、如何盡可能使法官作成判斷前賦予當事人、利害關係人預測機會則付之闕如。至於併用說/綜合判斷說則認為原告之確定應以行動說為準，被告之確定則綜合其他說（意思說、適格說、表示說）判斷⁹。此說雖綜合了各說之優點，然同時亦具有各說之缺失。紛爭主體特定責任說以特定紛爭主體的行為責任為基準，就該責任分配確定當事人¹⁰。此說並未提出如何具體操作紛爭主體特定責任之內容與要件，故亦有不確定性之缺失。

第二款 以表示說為當事人確定理論

⁷ 納谷廣美·前揭注(8)9頁；駱永家(2015)，《新民事訴訟法I》，頁40，台北：三民。姚瑞光(2012)，《民事訴訟法論》，頁81，台北：自刊。

⁸ 整理自許士宦(2016)，《民事訴訟法(上)》，頁248以下。台北：新學林。日本法上亦有將僅利用評價規範者歸類於規範分類說，納谷廣美「當事者變更の理論について」『法律論叢』63卷1号(1990)8頁參照。

⁹ 邱聯恭講述、許士宦整理(2017)，《口述民事訴訟法講義(一)2017筆記版》，頁239以下，台北：自刊。

¹⁰ 日本法的當事人確定理論與我國並無太大相異處，以上整理自納谷廣美·前揭注(8)6頁以下；福永有利「當事者の確定理論の意義」『民事訴訟當事者論』(2004，有斐閣)432頁以下。

雖然不能否認，上開各說各有其優缺點，故究竟採何說為恰，恐怕也僅僅是法律政策上的選擇，而無法一概而論¹¹。文獻指出，由於當事人變更制度所涉及的訴訟連續性問題，相較於當事人更正/補正而言更為複雜。故重點應在於確定當事人之後，若是為當事人變更，應如何維持原來所進行的訴訟程序。並且該文獻亦認為，除維持原來訴訟程序外，不論係當事人更正/補正或變更，更應注意「新當事人」程序利益保障之間如何取得平衡，避免因採取之理論不同反而陷於較為不利的程序地位¹²。

本文認為，上述諸說中應以表示說為恰。意思說因仰賴原告之主觀意思判斷，對於被告而言有不可預測之風險；行動說亦如學說所言，在原告透過代理人、使者提出訴狀時，被告亦無法認識實際行動者為誰。兩者在標準上皆不明確。而適格說雖可有效把握實體法上之紛爭主體，然而依此說當事人恆具有同一性，全盤地以當事人更正/補正的結果，反而使當事人變更制度毫無存在實益；綜合判斷說則因包含此二說，故亦不可採。

至於紛爭主體特定責任說，則因需要隨著訴訟進行浮現更多訴訟資料判斷責任何在，在訴訟前階段時並無法發揮作用。規範分類說雖可有效兼顧前階段迅速進行訴訟之要求，與後階段維護已進程序之效用，然既然該說認為後階段以適格說為恰，同樣也有縮減當事人變更制度之實益的問題。

本文基於當事人確定理論應以明確性為前提之立場，而採取表示說之見解。至於表示說被認為在冒名訴訟與死者訴訟有其缺失¹³，對此，本文將於後述第二節、第二款與第三節、第二款個別進行評析。

第二項 當事人同一性內涵

依照表示說，原則上當事人同一與否即係由訴狀之形式判斷新、舊當事人是否為具有個別獨立存在法律人格之自然人或法人。不過在下列情形，學說似例外以實質觀點判斷當事人之同一。

¹¹ 許士宦，前揭註 8，頁 254。

¹² 許士宦，前揭註 8，頁 252、256。

¹³ 邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 9，頁 237。

首先，設舊當事人不具有權利能力而無當事人能力，本應以起訴不合程式裁定駁回之，然若改列「舊當事人之實體上權利義務歸屬主體」為新當事人，縱使形式上新、舊當事人為不同主體（例如獨資與獨資之法定代理人），但因實質遂行訴訟者之程序權保障並未受到影響，則應屬實質上同一。對此情形，實務上有認為以當事人之更正（如最高法院 43 年度台上字第 601 號判例）即可處理，學理上更稱之為「逕行更正當事人名義」¹⁴，而對於當事人的同一性判斷較為寬鬆。

另外，源於英美法的「法人格否認之法理」，亦是實質判斷當事人同一性的情形。在 Y1 公司實質上即為 Y2 公司的情況下（如 Y2 實際上係由 Y1 管理），若是相對人並不知情而將 Y1 列為被告，或有可能無法實現其實體權利，基於公益或公平正義要求，法院否認或無視 Y1 的法人格，而以 Y2 作為權利義務主體。我國除明文規定公司法第 154 條第 2 項、第 369 條之 4 外，實務上最高法院 98 年度台上字第 652 號判決與同院 102 年度台上字第 1528 號判決，亦是此原則之實踐¹⁵。

申言之，縱使依表示說判斷新、舊當事人屬於不同主體，但是在一定的情況下，本於公益或公平正義要求，而可評價為實質上具有當事人同一性時，例外以當事人更正/補正處理改列當事人的問題，具體情形將於後述我國實務案例之探討時說明¹⁶。

第二節 原告變更

第一項 台灣法

第一款 學說見解

一、要件

解釋論上，變更原告應具有新、舊原告之同意。學者參考德國學說認為，對

¹⁴ 許士宦，前揭註 8，頁 254-257。

¹⁵ 呂太郎，前揭註 1，頁 79。

¹⁶ 另外日本法亦有提出當事人同一性與單一性之理論。其認為所謂當事人同一性係包含了「事實上同一」與「評價上同一」，後者即是針對雖然新舊當事人形式上並非同一，然實際上皆係同樣處於主張同一利益之立場，此時並不宜以當事人更正/補正為處理。參照伊藤真「當事者確定論」『民事訴訟の当事者』（弘文堂，2004）194 頁。

於原告變更的情形，由於舊原告將脫離訴訟，因此在對其司法提供請求權（Justizgewährungsanspruch）的保障上，有獲取舊原告同意之必要。而新原告的部分，則因涉及到處分權主義第一命題之故，也需要新原告之同意¹⁷，以尊重其程序處分權。

至於被告部分，依照第 255 條第 1 項第 1 款，應徵得其同意始得變更原告。不過倘若欠缺被告同意的情況下，是否仍得允許原告的變更？對此，論者有認為即便業已具備「有助於訴訟事件之解決」或「請求基礎事實同一性」兩要素，仍然不得准許該變更之聲請¹⁸。然而，亦有以為其並非絕對要件，而需另行衡量兩造程序利益、訴訟經濟。要言之，被告之同意在新訴符合請求基礎事實同一（同條項第 2 款）、情事變更（第 4 款）或者不甚礙被告之防禦及訴訟終結時（第 7 款）之事由時，得為後者所取代。此外，德國實務上認為被告若有違反誠信原則濫用同意權之情事，法院得類推當事人恆定規定（相當於我國第 254 條）准許原告之變更¹⁹。不過，學者也有以為，若是使法院具有准駁變更當事人的權限，則顯得任意當事人變更與法定當事人變更之間殆無差異²⁰。

若是被告已為言詞辯論後，是否應取得被告同意始得為原告之變更？此即涉及在法院認為原告之變更屬合法而裁定允許，舊訴之地位應為如何之問題。對此，最高法院 65 年度台上字第 2183 號判例認為應屬舊訴之撤回而提起新訴；亦有認為舊訴係當然地為新訴所代替而訴訟繫屬消滅，蓋其聲明無任何撤回之事實可據²¹，可解讀為原告聲明係要求法院於變更合法時，無需就舊訴裁判之意²²。司法院院解字第 3985 號解釋更認為，只要變更為合法，不論原訴是否符合撤回要件，即當然視為撤回；但若原告係就舊訴為捨棄，法院應為原告敗訴判決。

此外尚有論者以為，由於舊原告的變更係「以變更在程序上合法為條件，而

¹⁷ 劉明生（2011），〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三二號裁定〉，《月旦法學雜誌》，191 期，頁 203。

¹⁸ 劉明生，前揭註 17，頁 203。

¹⁹ 沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 258，台北：元照。

²⁰ 陳榮宗等（1997），〈任意之當事人變更〉，民事訴訟法研究基金會編，《民事訴訟法之研討（八）》，頁 196【陳計男發言】，台北：元照。

²¹ 姚瑞光，前揭註 7，頁 437-438。

²² 呂太郎，前揭註 1，頁 405-506。

對原有當事人發生撤回效力」的「附條件撤回」²³，依民訴法第 262 條第 1 項但書，在已經為本案言詞辯論的情況下，被告本有受法院本案判決解決紛爭之利益，故應得其同意始得為之。最後，學者亦有認為由於舊原告聲請變更包含了「求為准許訴之變更，以利用因舊訴而開始之程序」、「求法院就新訴為審判之起訴」與「以訴之變更獲准為前提求為審判新訴；若不准許變更，自該不准許變更之裁判確定時起不求審判新訴」的意思²⁴。要之，若是撤回未得被告同意，僅就該撤回部分不生效力，而非當然可認為新訴部分不合法。因此若原告聲請變更之真意並非以獲裁定認可變更新原告為唯一前提，而有意改以新原告之「追加（或主觀的預備合併）」，則由於並非變更，無第 262 條第 1 項但書之適用²⁵。

作為立法論，我國文獻上曾有認為應以「新訴可利用舊訴程序之程度」區分不同的當事人變更案例類型，並針對不同類型設定其要件。依照利用程度由高至低分別為：1、新舊訴訟之訴訟標的同一，新原告為舊訴既判力所及之人；2、新舊訴訟之訴訟標的雖為同一，但僅有新原告為適格之當事人；3、新舊訴訟之訴訟標的不同一，然而基本事實同一；4、新舊訴訟之訴訟標的、基本事實皆不同一。並且，在這四種類型當中，允許第 1 類案件的變更應屬較無爭議者²⁶。

此外，論者更有自訴訟行為論的角度觀察，認為所謂變更當事人之要件，應從訴訟行為的動態面，即「當事人間之行為責任之分配」決定。簡言之，原告在起訴時有無盡確定當事人為何人之行為責任？被告在訴訟前與原告交涉過程中，有無盡其說明責任、行為責任？兩者加以衡量之後，始能進一步判斷是否應允許變更。另外在涉及第三人時，縱使其並不同意，若在之後的訴訟有被列為當事人之可能，從訴訟經濟之觀點應許變更之，俾使紛爭一次解決的達成²⁷。

二、 效果

參考德國法之論者以為，變更原告後，就原先進行訴訟結果之拘束層面而言，

²³ 楊建華（1999），《民事訴訟法問題研析（一）》，頁 260-261，台北：三民。

²⁴ 范光群等（1990），〈訴之變更追加之研究〉，《民事訴訟法之研討（三）》，頁 590-591【邱聯恭會後補註】。

²⁵ 沈冠伶，前揭註 19，頁 258。

²⁶ 陳榮宗等，前揭註 20，頁 205-206【范光群發言】。

²⁷ 陳榮宗等，前揭註 20，頁 214【雷萬來發言】。

法院必須先告知訴訟進行狀況，包括舊原告所提起的攻擊方法之遲延、自認、證據調查結果等。在此獲得充分資訊的前提下，新原告若選擇同意，則基於訴訟明確性（Prozessklarheit），不論有利與否，必須全面承受該結果²⁸，故若欠缺這層認識，應不能當然認為「同意變更」能與「同意受拘束」同視。

不過，也有學說認為應視新原告是否將因承受訴訟結果而處於更不利之狀態者，並且若是在新原告曾經在原本的訴訟程序中有實際上參與，對訴訟結果有影響的情形（例如，新原告為舊原告之法定代理人、訴訟代理人），則其承受訴訟結果應具有充足之正當基礎。於在實體法層面上（例如起訴之中斷時效），應依新原告實際參與訴訟程序時點發生效果²⁹。更有以為，原告變更之法律效果係「原訴訟程序之續行」，故原則上舊原告所為之訴訟行為、證據調查等，對新原告皆有效³⁰。而既然變更原告須由新原告有主動起訴之意思，應可認為以衡量過程序上之利害關係，因此具有受原程序拘束之正當性。

至於訴訟費用之負擔如何決定的問題，由於變更後，先前進行之訴訟已然視為撤回，故舊訴的訴訟費用依民訴法第 83 條 1 項，由舊原告負擔。新訴部分，若無變更訴訟標的，則無須另外繳納裁判費。此外則由新原告負擔³¹。

第二款 案例探討

我國實務上所涉及變更原告的案例相當繁雜，囿於篇幅無法逐一介紹。因此本文僅就最為常見、相關與或有爭議的四種類型提出進行探討。

一、 冒名訴訟

原告的冒名訴訟，即為舊原告 X1 冒用他人 X2 之名義作為原告起訴的情形。就此問題，最高法院 28 年度渝上字第 1644 號判例即認為：「按當事人之真偽，法院應依職權調查，如冒用他人姓名或本無其人而捏造姓名提起訴訟者，應以其

²⁸ 劉明生，前揭註 17，頁 203。

²⁹ 陳榮宗等，前揭註 20，頁 192-193【陳榮宗報告】。

³⁰ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

³¹ 陳榮宗等，前揭註 20，頁 201【楊建華發言】。

訴為不合法而駁回之」³²。惟若是可以補正之情形，法院應先命補正：「起訴，應以訴狀表明當事人及法定代理人；由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 1 款、第 249 條第 1 項第 5 款參照）」（臺灣高等法院高雄分院 106 年度上字第 144 號判決）³³。即便依照表示說，X1 與 X2 各為不同主體，但是實務似乎係將該情形類似於未經合法代理為訴訟行為，故可類推無權代理規定處理，並於 X1 未補正代理權時，就其訴裁定駁回³⁴。申言之，此時縱使欠缺當事人同一性，仍被視作當事人更正/補正，而不認為係當事人變更之範疇。

對此，本文以為應區分原告究竟係為「自己」或為「他人」起訴之冒名判斷。依照表示說，若是為自己起訴，由於新、舊之當事人為不同主體，故應屬當事人變更問題，因此最高法院 28 年度渝上字第 1644 號判例逕以駁回之見解並不妥適，而仍須賦予原告有變更當事人之機會；但若為他人起訴，則新、舊之當事人皆為被冒名之人而具有當事人同一性。此時雖無須依據第 255 條判斷符合當事人變更之要件，但法院仍應命「舊原告」補正訴訟代理權（民訴法第 249 條第 1 項第 5 款），於未補正時始為駁回。

二、 車禍駕駛者與車輛所有權人

此類案例之事實關係大致如下：舊原告 X1 駕駛新原告 X2 所有之車輛，於行駛中與被告 Y 所駕駛車輛擦撞，遂依民法第 184 條第 1 項前段請求被告賠償車輛毀損之損害賠償。然因車輛之真正所有權人為 X2，故於訴狀送達後變更新原告為車輛所有權人 X2。

³² 同旨，同院 81 年度台抗字第 53 號判決參照。

³³ 若是遲至「判決做成時」始發現冒名情事，雖然最高法院 69 年台職字第 3 號判例認為得依民訴法第 232 條第 1 項處理「姓名錯誤」的問題（「判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得隨時以裁定更正之，民事訴訟法第二百三十二條第一項定有明文。所謂錯誤，應包括當事人姓名或名稱之錯誤在內。關於當事人姓名或名稱之錯誤，祇須為訴訟標的之法律關係不變，實際上由該當事人參與訴訟，雖原告起訴所主張被告之姓名或名稱錯誤，並經法院對於姓名或名稱錯誤之當事人為裁判，仍應有上開法條之適用」）。但是在冒名頂替情形，由於被冒名人並非實際上參與訴訟之人，故無法依該判例見解處理。惟被冒名之人得依上訴（民訴法第 469 條第 4 款）或確定後依再審（第 496 條第 1 項第 5 款）程序請求救濟，參呂太郎，前揭註 1，頁 78。遭受強制執行之際，亦得主張未受程序權保障而非判決效力所及之人，邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 9，頁 233。

³⁴ 呂太郎，前揭註 1，頁 78。

針對此類型，法院多以第 255 條第 1 項第 2 款的「請求基礎之事實同一」作為變更原告基礎。例如雲林地方法院 105 年度六小字第 181 號判決：「本件起訴時原由 X1 為原告，後查明本件事務 X1 駕駛之車輛為 X2 所有，乃於民國 105 年 11 月 7 日當庭變更原告為 X2，核為訴之變更，本件變更前後，均基於侵權行為所致損害而涉訟，該基礎事實自屬相同，其主張於社會上具有相當之關連性及共同性，訴訟證據資料亦可相互利用，揆諸前揭說明，應認其基礎事實同一³⁵」。此外，亦有其他判決除了第 1 項第 2 款之外，另結合了第 1 款、7 款作為判斷依據。參照臺中地方法院 106 年度中訴字第 5 號判決：「本件起訴時原係以 X1 為原告，嗣因車牌號碼 00-0000 號自用小客車所有人為 X2，遂由 X1 與 X2 於民國 106 年 3 月 14 日具狀變更原告為 X2，經被告於 106 年 3 月 27 日具狀同意原告上開變更，嗣 X1 再於 106 年 6 月 17 日具狀追加併列其為原告，而被告亦無異議為本案之言詞辯論，且核其等所為上開訴之變更、追加之基礎事實同一，不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，參諸前揭說明，自應予准許」。

應注意者，部分法院如臺北地方法院 104 年度店簡字第 1022 號判決，之所以允許此種案件類型的原告變更，似乎要求原告起訴時必須以所有權人之身份起訴：「惟原告起訴之始即是以其係車號 0000-00 號自用小客車之所有權人，依侵權行為請求被告給付上開車輛修繕費用之基礎事實³⁶」。與前述案例不同的是，此時法院似乎係以適格說為確認當事人之前提，綜合訴狀記載的原因事實後，確認當事人為車輛所有權人。然而此時因前、後當事人具有同一性，理論上應屬當事人更正/補正範疇，但是在結論上仍係當事人之變更。相對地，在其他相類的判決中，本文也發現縱使舊原告起訴時並未以車輛所有權人身份起訴，而是在訴訟審理過程中始發現車輛所有人為新原告時，法院亦會允許變更為新原告。按照同樣的表示說邏輯，此時因舊原告（駕駛人）與新原告（所有人）不具有同一性，便無前述誤用的情形。

³⁵ 同樣結論，參照臺中地方法院 105 年度中訴字第 1988 號判決、臺北地方法院 105 年度店簡字第 731 號判決、彰化地方法院 105 年度彰小字第 305 號判決、臺北地方法院 105 年度店小字第 516 號判決、雲林地方法院 105 年度六小字第 90 號判決。

³⁶ 其他例如：屏東地方法院 105 年度潮簡字第 93 號判決、臺北地方法院 104 年度店簡字第 876 號判決。

從上可見實務對於同樣之案例類型中，採取了不同的當事人確定理論。雖然結論上皆係以當事人變更為處理，但是論理上似乎有所矛盾，似有影響司法公信之虞。惟依本文所採之表示說，此時因肇事者 X1 與車輛所有人 X2 不同，故仍屬當事人變更。至於此類型在被告未同意變更的情況下，應以何款為變更事由？本文以為，由於變更原告前、後所審理之範圍，皆為系爭車禍的相關事實，於訴訟資料上有重複利用之可能，故可適用第 2 款。雖然同時亦該當第 7 款，然由於第 7 款為概括的補充條款，故第 2 款應屬一優先適用關係。

三、 契約之真正締約人

此類案件則多見於買賣或租賃契約。新、舊原告為配偶等關係，而舊原告訴請被告（契約相對人）履行契約義務後，因真正締結契約者為新原告，遂於訴訟審理中聲請變更。

例如新竹地方法院 106 年度竹東小字第 27 號判決，舊原告 X1 主張被告 Y 承租系爭房屋，然積欠房租達 4 個月，援依民法第 439 條請求給付遲延之租金。嗣於訴訟程序進行中，因 X1 確認出租人為 X2，遂以書狀變更 X2 為原告：「按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者、或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2、7 款定有明文。本件原告起訴時原係以 X1 為原告，並聲明：被告應連帶給付原告新臺幣 30,000 元……；嗣於訴訟程序進行中，因原告 X1 確認出租人為 X2，且 X2 乃本案損害賠償事件之權利受損者，遂以書狀變更 X2 為原告，有民事變更原告狀可參，揆諸前揭規定，應予准許，本件原告即為 X2」。

又例如，新北地方法院 105 年度訴字第 331 號判決，舊原告 X1 主張與被告 Y1 等締結買賣建物契約，然 Y1 等隱匿系爭建物有漏水等嚴重瑕疵，故依民法第 359 條先位聲明請求減少價金，備位聲明依民法第 184 條第 1 項前段，主張房屋修繕漏水之損害賠償。嗣於審理中發現簽立買賣契約為 X1 之配偶 X2，遂變更原告為 X2：「原告與訴外人即配偶 X1 透過被告 Y1 之業務員即被告 Y2，至被告 Y3 所有系爭房屋看屋……本件起訴時，原將原告列為 X1，嗣於本院審理時，以簽立買賣契約者為 X2 為由，請求變更原告為 X2。經核原告請求變更前後之

基礎事實即關於系爭房屋買賣爭議之事實尚屬同一。則依前開說明，原告上開訴之變更，即屬適法，應予准許」。

此外如高雄地方法院 97 年度雄簡字第 3960 號判決，舊原告 X1 主張買受自被告 Y 之房屋具有漏水等瑕疵，通知 Y 修補後未有改善，援依民法第 227 條第 1 項、第 360 條第 1 項請求漏水所生之損害賠償。同樣於審理過程中變更原告為 X2：「本件起訴時原告原為 X1，嗣於本院審理中變更為 X2，經查，變更前之原告 X1 係本於買賣契約之法律關係為主張，而實際上被告亦一再以原告 X1 之請求逾越民法第 365 條所規定之時效期間（實為除斥期間之誤，詳如後述）置辯，足認雙方均知悉本件訴訟係原告 X1 本於買賣契約之法律關係為主張，則本院闡明原告 X1 應以契約當事人為請求主體，嗣經變更原告為締約名義人 X2，則被告自始至終既均了解本件訴訟係就系爭房屋所為之訟爭，經核不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，且亦可避免雙方因此再行興訟而有助法院整體訴訟資源之節省，自應予以准許，合先敘明」。法院明知舊原告在起訴時就被告有所誤認，然而在審理過程中亦同時獲知雙方皆有對於系爭訴訟法律關係的共識，是故遂於闡明舊原告後准許其所為新原告的變更，以達成紛爭一次解決的程序機能。

上開判決中，法院皆意識新、舊原告為不同主體，其以當事人變更處理此類案件之結論，皆符合本文所採的表示說見解。進一步論，雖然原告有所變更，然而在審理的事實上，並未爭執系爭契約成立與否，而是判斷契約所生的請求權基礎是否存在（有無延滯繳納租金、買受房屋有無漏水），訴訟資料有重複利用可能，得依第 2 款為變更。

應注意者，實務上亦非毫無限制的允許此類案型之原告變更，例如臺灣高等法院 106 年度抗字第 766 號裁定（約定投資）：「本件原告應該是 X2 而誤繕為伊云云，嗣後並不再列 X1 為原告，而逕行將原告改列為 X2，形同 X1 脫離訴訟繫屬，直接由 X2 自行替補，明顯變更起訴之事實，有礙被告之防禦，並使法院審理之當事人及法律關係改變，而需另行調查證據以資確認，被告亦不同意 X1 所為上述訴之變更。如允許此種訴之變更，將使訴訟繫屬之原告得因當事人之主張而隨意更換，對被告主觀上之訴訟權及法院客觀上適時審理之公共利益均有所妨礙，且易形成當事人於隨意起訴後，再藉由不斷變更原告之方式使被告窮於應付

及不當延滯訴訟之弊端，難認符合民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、第 7 款規定之要件，自不應准許」。

至於就變更原告的「效果」而言，可參照苗栗地方法院 104 年度訴字第 366 號判決（約定施作工程）：「而被告對上開原告之變更已表示同意，且新原告 X2 復同意援引舊原告 X1 前於本院中之歷次書狀證據及陳述，其程序權應已獲得保障，另被告對新原告 X2 變更之上開訴之聲明，亦已無異議而為本案之言詞辯論，是原告所為上開訴之變更，依上規定，應予准許」。該判決固然已意識到舊訴訟進行的訴訟結果對新原告之間的關係，然而本文認為似乎對於「要件」與「效果」層面有所混淆。亦即，縱使新原告「同意」的內涵包括了訴訟結果之援引，亦不能倒果為因作為准許變更與否的要件。

四、 團體與團體代表人

（一） 法人團體

此類案例中，尚可區分為法人團體與非法人團體部分探討。前者例如新竹地方法院 106 年度竹北小字第 8 號判決（給付管理費）中，舊原告本為公寓大廈管理委員會之法定代理人 X1 本人，依社區住戶規約請求被告 Y 給付管理費，然而隨後即聲請變更管理委員會 X2 為新原告：「按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但請求之基礎事實同一者，不在此限；……原告起訴請求被告給付管理費，原係列 X2 管理委員會之法定代理人 X1 為原告。嗣於本院審理期間，具狀變更原告為 X2 管理委員會」。

又或者雲林地方法院 104 年度重訴字第 80 號判決（約定管理存款），舊原告 X1 為新原告 X2 寺之負責人，開設一帳戶戶名為「X2 寺 X1」，存入 X2 寺之存款。被告 Y 向 X1 聲稱可代為處理帳戶定存事宜，卻擅自以該定存存款，以之簽訂保險契約（Y 為被保險人，X1 為受益人）。X1 於起訴前多次向 Y 請求解除保險契約並返還存款，Y 卻拒絕返還。X1 援依侵權行為關係或消費寄託關係，請求 Y 給付轉出帳戶之金額：「原告負責人 X1 原起訴請求被告應給付 X1 新臺幣 20,327,036 元……。嗣於民國 105 年 3 月 24 日當庭變更原告為 X2 寺，經被告同意，於法並無不合，應予准許」，係依第 1 款之規定，將寺廟負責人 X1 變更新

原告為寺廟 X2 本身。

不過因團體與法定代理人在法律上人格仍有異，此類案件並非必然得為變更原告，最終仍須觀察訴訟標的是否相同。例如臺北地方法院 104 年度訴字第 1499 號判決，舊原告 X1 主張被告 Y 散佈不實言論，侵害 X1 之名譽權，援依民法第 184 條第 1 項前段請求損害賠償。然訴訟審理中依第 2 款聲請變更原告為 X2 即 X1 之黨主席，主張 X2 之名譽權亦受侵害，訴訟資料得重複利用。第一審法院本已允許該變更³⁷，然而第二審臺灣高等法院 104 年度抗字第 1144 號裁定則認為：「惟被告當庭已表明不同意其變更，而抗告人 X1 黨與 X2，其一為法人，另一為自然人，並非同一人格，其名譽是否受損，須各自調查證據分別判斷之，則於個別主體及相異法律關係間之爭點，尚無必然共通性，當有另蒐集證據資料之需，而無從逕援用原訴所提之證據資料，自難謂係不甚礙相對人之防禦及訴訟之終結」。

就上開三則判決，本文認為法院以當事人變更處理並無問題，皆係以表示說為前提所作成之判斷。惟在變更之容許性上，臺灣高等法院 104 年度抗字第 1144 號裁定則是採取否定結論，與前二則判決不同。本文以為，此乃因前二則判決之原告變更係為了補正原告之適格（管委會對住戶之管理費請求權、寺廟對侵佔帳戶金錢之返還請求），而後者在變更原告的同時，尚一併變更了訴訟標的，由「黨對被告的侵害名譽權之損害賠償」變更為「黨主席對被告的侵害名譽權之損害賠償」，在訴訟資料的利用上，顯然不具有共通性，因此在被告不同意的情形下，不得依第 2 款變更之。

（二）非法人團體

關於非法人團體（例如合夥團體部分），卻有採取當事人更正/補正之見解。參照臺灣高等法院台中分院 104 年度重上字第 96 號判決，X1 農場主張被告 Y 登

³⁷ 「原告起訴時所主張被告以不實言論侵害中國國民黨之名譽權，然觀前開文章之內容係針對馬英九、馬政府、馬團隊所為之言論，而原告提出本件訴訟時，馬英九為中國國民黨之法定代理人，是原告提出本件訴訟核與被告是否侵害馬英九之名譽權攸關，即原訴及變更之訴間關於此訴訟證據資料具有同一性或一體性，亦得以相互援用，且不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，足認原告所為之變更之訴與民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、第 7 款之規定相符，故原告所為訴之變更，於法有據，自應准許。」

記所有之系爭土地為兩造借名登記契約之標的物，嗣因農場決議收回該土地，而請求 Y 將土地返還予 X1 農場。在訴訟審理中，因意識到 X1 之權利能力問題，而聲請變更原告為合夥人全體：「惟 X1 農場因其不得登記為不動產之所有權人，乃改以 X1 農場之全體合夥人 X2、X3、X4 為本件之兩造當事人。經核此乃原審原告就起訴主體之人格予以更正補正，尚非就起訴主體人格之變更，即非屬訴之變更。至原審原告另將 X1 農場予以撤回，其真意亦只在更正補正上開起訴主體，並不生本件起訴撤回之效果」。對此，本文以為應有兩點值得探究。

首先，雖然 X1 合夥團體因欠缺實體權利能力而無法登記為不動產之所有權人，但也僅是取得勝訴判決後的強制執行的問題。並非不可於訴之聲明改列「移轉不動產所有權登記於合夥人一人或共有」為解決。其次，依照表示說 X1 合夥團體與全體合夥人 X2、X3、X4 為不同主體，似乎以當事人變更改列原告為恰。但學說上有認為，此時因其實質上當事人係為同一，故評價上並無主體性的不同，若是拘泥於形式上當事人概念，將忽略程序安定性與程序利益保護之其他訴訟法上原則，因此應以當事人更正/補正之作法較為可採³⁸。本文贊同此見解，並認為由於本案改列原告前後，皆係涉及合夥團體本身的不動產所有權登記，而未涉及合夥人個人責任的問題，故此判決縱未以當事人變更處理，亦要無違誤。

第二項 日本法

誠如第二章所述，現行日本法就當事人變更追加方面，並不承認以日本民訴法第 143 條訴之變更的規定作為依據。其要件效果論的展開在欠缺明文的前提下，極度仰賴實務上判例法理與學說的建構。以下，首先針對原告之變更進行討論，以利於後述與台灣法比較。

第一款 學說見解

一、要件

依照日本通說（修正的複合行為說），原告之變更應可拆解為前階段「將新

³⁸ 沈冠伶（2012），〈非法人團體之當事人能力、當事人適格及其判決效力〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 210-212。

原告以主觀追加合併的方式成立共同訴訟³⁹」，與後階段「舊原告撤回對被告之訴」。若依此邏輯，原告之變更要件，除舊原告應有撤回訴訟之意思外，新原告亦應有對被告起訴之意思表示，始得為原告之變更；與此相對，特殊行為說雖於實定法外另闢蹊徑，認為應正視日本法上針對任意當事人變更欠缺法源依據的事實，因此宜「類推」法定當事人變更規定討論要件效果。但是在原告側所要求的要件部分，與修正複合行為說沒有實質上的差異，皆能自處分權主義導出變更原告需要具備新舊原告各自對於變更的意思表示⁴⁰之要件。

就新、舊二訴之間的關聯而言，修正複合行為說認為追加的新訴與舊訴之間應有日本民訴法第 38 條的關聯性⁴¹，亦即「訴訟目的之權利義務於數人間共通」，或者「基於同一事實上、法律上之原因被訴」、「同種訴訟目的之權利義務，且同種事實上、法律上之原因」。不過此說當中亦有主張需有較第 38 條更高度之關聯性者⁴²；特殊行為說則認為，由於當事人的變更原則上必然伴隨著訴訟標的的變更，因此，新舊訴之訴訟標的（或其事實關係）需有「同一⁴³」、「密接關聯⁴⁴」。但是尚有認為無需受該限制之學說⁴⁵。

至於被告部分，雖然實務上指出若獲得被告同意即得為當事人變更⁴⁶。惟學說於討論時皆僅著眼於前述的二訴間關聯性，顯然不將被告同意作為必要要件。應注意者，由於兩說皆認為變更原告後將導致舊原告撤回對被告之起訴，因此雖依日本民訴法第 261 條第 1 項得於判決確定「前」撤回起訴；不過同條第 2 項則亦規定在他造提出準備書面、在辯論準備程序中答辯，或者於已為言詞辯論時，需要其同意始得為之⁴⁷；特殊行為說另特別指出，必須判斷被告拒絕同意時是否違

³⁹ 採取複合行為說者指出，雖然最高裁昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決一般性地否認主觀的追加合併，但至少並未明白否認以任意當事人變更為前提的主觀追加。福永有利「任意的当事者変更」『民事訴訟法当事者論』（有斐閣，2004）551 頁參照。

⁴⁰ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕（2018）『新民事訴訟法講義〔第 3 版〕』624 頁以下。

⁴¹ 尾中俊彦「当事者の確定と任意的当事者変更」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法』上卷（青林書院新社，1970）76 頁以下。

⁴² 該意見出自：上田竹志「任意的当事者変更について」『民事訴訟法雑誌』60 卷（2014）173 頁。

⁴³ 中野ほか・前掲注（40）624 頁以下。

⁴⁴ 齋藤秀夫「当事者の変更」『民事訴訟法概論』（有斐閣，新版，1982）499 頁以下。

⁴⁵ 上田竹志・前掲注（42）173 頁。

⁴⁶ 仙台地判昭和 28（1953）年 7 月 27 日判決。

⁴⁷ 第 261 條第 1 項：「判決確定前得就訴為全部或一部之撤回。」；第 2 項：「訴之撤回若於他造就本案提出準備書面、於辯論準備程序中陳述或已為口頭辯論時，非經他造同意不生效

反誠信原則而屬權利濫用，並且衡量原告誤認具適格之原因是否源自於被告惡意態度所致⁴⁸，若然則例外無需同意⁴⁹。

然縱使無法取得被告的正當同意，亦不代表舊原告所為的變更新原告之聲請即歸於無效。按複合行為說之邏輯，新訴提起與舊訴撤回之要件既然是獨立依各自法條為判斷，則在撤回無效的情形下，應可認為此時僅成立原告的共同訴訟。相對地，雖然特殊行為說將當事人同意列為要件一事，被批評與複合行為說相比，並無實質上不同。惟由於其亦將當事人變更聲請視為一體的行為，故此時舊原告仍需繼續就舊訴為遂行（若新原告拒絕同意時亦同）。批評者即認為，在此結論下因為對於提起新訴之部分需另外判斷訴訟要件有無，有被駁回導致舊原告無法為實質解決紛爭之可能⁵⁰。

二、 效果

關於日本法上的當事人變更，最大的爭議即在於舊訴之訴訟遂行狀態係如何於新訴之中發生效力，並且該效力發生之正當性基礎為何？誠如第二章所述，由於日本法至今已無論者就當事人變更採取訴之變更說，以下僅說明複合行為說與特殊行為說對此問題之回應為何。

（一） 複合行為說—未援用時不拘束新當事人

1、 以「共同訴訟」為複合行為說建立二訴連結

過去學說對於複合行為說乃至於任意當事人變更制度的實效性有所批評⁵¹，蓋若貫徹古典的複合行為說的邏輯（「提起新訴」與「撤回舊訴」），將會使二訴完全地獨立，導致在效果面上，舊訴遂行的事證調查也無從於新訴利用。對此批判，論者回應即使如此仍有承認當事人變更制度之實益。首先，由於當事人變更制度允許在訴訟標的價額重複的範圍內使用印紙（按：納付訴訟費用之文書），

力。但於本訴已撤回時的反訴撤回，不在此限。」

⁴⁸ 鈴木重勝「任意的当事者変更理論の系譜」『早大法学』35卷3・4冊（1959）213頁。

⁴⁹ 福永有利・前掲注（39）537頁。

⁵⁰ 福永有利・前掲注（39）538頁。

⁵¹ Henckel, Pandrteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß. S. 232. 轉引自福永有利・前掲注（39）頁541。

故有利於原告節省起訴費用；此外，亦不能否認舊訴狀之補正再利用、引用，將有助益於新訴之法院在變更當事人後儘速掌握事件概要，是故承認當事人變更並非批評者所認毫無意義。更何況，實務上亦不少在未本案審理前的階段聲請變更當事人的案例，若是據此而否定變更當事人之實益，是否也同時否定了日本民訴法第 16 條管轄移送規定之價值，即有可議⁵²。

惟不得不否認的是，古典論確實在當事人變更的核心「訴訟的連續」上有應予改進的空間。因此修正複合行為說者認為，宜重新就複合行為說的本質理解為「追加新當事人」後再「撤回舊訴」的構造，使當事人變更後透過成立共同訴訟對新舊兩訴訟產生一定連結。在此理解下，批評論者基於訴訟關係不同所認為舊訴事證調查結果無法拘束新訴當事人之結論，於論理上即顯有飛躍之嫌。蓋不僅類似必要共同訴訟與普通共同訴訟，即便是二訴連結較為薄弱的合併辯論，實務上⁵³也認為合併辯論後的訴訟得援用合併辯論前二訴各自所為的證據調查結果⁵⁴。

2、不適用證據/主張共同原則

雖然複合行為說中的諸說對於新、舊訴關聯性要件之要求或有寬嚴，至少可以認為皆係以日本民訴法第 38 條作為最大的共通基準。又，第 38 條正是普通共同訴訟的成立要件，因此首先可以思考的便是共同訴訟人獨立原則的適用。共同訴訟人獨立原則規定於日本民訴法第 39 條：「共同訴訟人中一人之訴訟行為、他造對共同訴訟人中一人之訴訟行為以及針對共同訴訟人中一人所生事項，不影響其他共同訴訟人」。但是適用後的結果有可能造成同一程序中訴訟資料相異，導致無法確保判決內容合一之問題，遂催生證據共通原則與主張共通原則⁵⁵。

證據共通原則內涵為，不論共同訴訟人其中一人所提出的證據有無被援用，就其他共同訴訟人而言，亦得作為證據成為法院的事實認定資料⁵⁶。蓋「客觀的

⁵² 日本民訴法第 16 條第 1 項規定：「法院認為於訴訟全部或一部無管轄時，得依聲請或職權為管轄移送」。錯誤管轄移送亦同樣與當事人變更具有「使審理新訴之法院能夠對舊訴之審理能盡快掌握」、「重複利用訴訟費用」的實益與機能，若是否定此點，那麼也沒有特別規定之必要。

⁵³ 最高裁判所昭和 41（1966）年 4 月 12 日第三小法廷判決。

⁵⁴ 福永有利・前掲注（39）544 頁以下。

⁵⁵ 中野ほか・前掲注（40）584 頁以下。

⁵⁶ 大判大正 10（1921）年 9 月 28 日判決・大審院民事判決錄 27 輯 1646 頁，最判昭和 45

歷史事實僅會有一個，故由法官之自由心證所認定的事實亦僅有一個」⁵⁷，而若是將證據調查結果限縮於其中一人，無疑強使法院做成反於確信的事實認定。不論是學理或實務，基本上對於證據共通原則的適用沒有太大的異議⁵⁸；主張共同原則則是即使共同訴訟人其中一人所為的事實主張，並未被其他共同訴訟人積極援用，法院亦得將其作為與其他共同訴訟人相關的訴訟資料。雖然關於此原則的承認仍有爭議⁵⁹，在共識上可以肯定的是，於實務適切地行使釋明權的前提下，若是被主張的事實有利於另一共同訴訟人，並且其亦未為矛盾之表示時，即便未積極主張，僅以此為前提做成聲請或主張者，應亦可視作援用。

問題在於，因當事人變更所形成的共同訴訟狀態，嚴格上來說僅會存於一瞬。因此對於新當事人而言，「能否充分知悉舊訴訟的遂行結果」便成了證據、主張共通原則有效運作的障礙。雖然在證據共通原則的學理演變中，論者曾強調未提出證據調查之人的「在場權」，亦即在共同訴訟人之間若就爭點有利害對立關係時，應以賦予其他共同訴訟人有參與證據調查機會為限，始得承認證據共通原則的適用⁶⁰。然而若是將適用前提限縮於此，仍有可能造成限制法院自由心證的不合理狀況。因此較妥當的思考是，不論有無利害關係對立，重點應在於有無賦予其他共同訴訟人針對證據調查的在場機會⁶¹。但是正因當事人變更所獨有的「一瞬間的共同訴訟狀態」，對於能否落實此在場權便有所疑慮。例如：舊訴訊問證人時，未在場的新原告多半無法完全地知悉訊問結果，即便事後欲爭執證言之證明力抑或被賦予主張、舉證反於該證言的機會，亦難謂能夠充分保護其在場權⁶²。

(1969)年1月23日判例時報589號50頁。

⁵⁷ 西村宏一「利害相對立する共同訴訟人間の訴訟法律關係」垂子克己＝兼子一編『訴訟と裁判：岩松裁判官還曆記念』（有斐閣，1984）250頁。

⁵⁸ 鶴田滋「通常共同訴訟人獨立の原則」『民事訴訟法判例百選』（有斐閣，第5版，2015）200頁以下。

⁵⁹ 肯定論者參照：兼子一『判例民事訴訟法』（酒井書店，16版，1957）395頁，川嶋四郎（2013）『民事訴訟法』776頁以下；實務則持否定論，參照最判昭和43（1968）年9月12日民集22卷9號1896頁。

⁶⁰ 秋山幹男＝伊藤真＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彥『コンメンタール民事訴訟法I—共同訴訟人の地位§39』388頁（日本評論社，第2版，2006）；中野ほか・前掲注（40）541頁など參照。

⁶¹ 伊藤真『民事訴訟法』（有斐閣，第4補訂版，2014）618頁。

⁶² 上開論述似乎可以質疑，將共同訴訟之成立解釋為複合行為說的一環是沒有意義的。對此，亦有論者提出較為特殊的見解駁斥。首先，由於原告之變更後的新舊訴訟標的之權利關係必然為互斥，而非訴訟地位的承繼。因此，新原告對被告之起訴，應可視為以「獨立參加」的方式進入訴訟的行為，舊原告再經過被告同意後脫離訴訟。因此效果上準用必要共同訴訟規



3、源自合併辯論之發想

從前述已可得知，在修正複合行為說下當事人變更並不適用證據/主張共通原則，故其究竟係如何建構效果根據？文獻上較具有說服力的論述是將當事人變更類同於「合併辯論」的情形。所謂合併辯論（日本民訴法第 152 條第 1 項⁶³參照）係指法院將各自進行之獨立訴訟於辯論程序上合併進行。一般而言，若是將當事人不同之訴訟合併辯論後，任一方援用合併辯論前該方的證據調查作為合併辯論後的訴訟資料時，無疑對於未能於彼時在場的另一當事人程序上地位有所侵害。例如：X 對 Y 的 A 訴合併 X 對 Z 的 B 訴後，X 或 Y 雖然欲於合併後之辯論程序中援用 A 訴的事證資料，但對 Z 而言係完全未知的資料。因此，過去曾有是否應由當事人主動援用之爭議⁶⁴。不過自平成 8（1996）年新法第 152 條第 2 項⁶⁵賦予合併辯論後當事人再次訊問的機會之後，該爭議似已因採取不必援用即可發生效力為前提，並且將重點著重於確保當事人有無機會補充主張及舉證、聲請再訊問與對過去書證的反論等等，並注意於必要時調整審理計畫與防禦權之保障。

從上述合併辯論的爭議來看，當事人變更實與合併辯論有相類之處，蓋變更之新當事人對於舊當事人與他造之間所遂行訴訟之訴訟狀態，亦容易處於一無所知的狀態。雖然合併辯論已有第 152 條第 2 項保障當事人之訊問機會，但當事人變更制度則無。是故，修正複合行為說認為要讓舊訴證據調查結果於新訴發生效力，應由新當事人追認舊訴當事人遂行訴訟之結果，自行將其作為訴訟資料，同時他造並不得拒絕這樣的「援用」⁶⁶。具體而言，學者主張就舊訴訟所作成的證

定：舊訴所進行的結果，於對新原告有利益時始對新原告有效。原文引用之法條為平成 4（1992）年舊法第 71 條，相當於現行法第 47 條。高島義郎・前掲注（80）45 頁。然而此說在另一方面也受到質疑：既然獨立參加的前提在於參加人同時對原、被告請求，那麼在舊原告欠缺當事人能力時（例如不具法人格的團體），在「如何對舊原告請求」的層面上，將會陷入無法解釋的困局福永有利・前掲注（39）548 頁以下。

⁶³ 「法院得命為言詞辯論之限制、分離或合併，或將該命令撤銷。」

⁶⁴ 詳參秋山幹男＝伊藤真＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彥『コンメンタール民事訴訟法 III－口頭弁論の併合等§152』314 頁（日本評論社，第 1 版，2008）。

⁶⁵ 「法院於當事人相異之事件中命合併辯論時，針對先前訊問之證人，依未能有訊問機會的當事人所提出訊問聲請，應為訊問」

⁶⁶ 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂，第 5 版，2011）557 頁以下・847 頁。

據調查結果，原則上必須由新原告以訊問筆錄或勘驗筆錄的書面形式援用⁶⁷；例外在新原告自身主動或者同意他造援用，或者新原告（其代理人）曾有實質參與證據調查時，即得直接援用訊問證人與勘驗結果⁶⁸。以此為區分基準的理由，本文認為似乎是由於前者在具有筆錄的書面形式的前提下，對於新原告而言能夠確保一定程度資訊揭露之故。

又舊原告曾主張的事實，應如何於新訴中評價？依照辯論主義第一命題，關於舊訴中被提出之事實，不論新原告或被告，只要未再行於新訴主張，即不得作為判決基礎。反言之，若是新原告主動援用舊原告之主張，自得為判決基礎。新原告所主動援用的部分，僅限於舊原告於舊訴所主張的事實，故並不會對於曾遂行舊訴的被告造成程序上不利益；反過來說，若被告欲主動援用舊訴中對舊原告之主張，應僅限於「新原告之同意」或者「新原告（或其代理人）」於舊訴訟程序上曾有實質參與」的情況下，於舊被告知悉的事實範圍內方得援用，以避免對其造成突襲，否則應賦予新原告責問權⁶⁹。在事實主張之外，舊原告、被告所為的自認，或者因遲延而未提出的攻擊防禦方法，原則上新原告應可再為反於該自白之主張，或再行提出攻擊防禦方法，而不受失權效所及。在此同時亦當須注意是否有違反誠信原則之情事⁷⁰，自不待言。

（二）特殊行為說—原則上直接拘束新當事人

與複合行為說相反，不論是事實主張或證據調查的效果，依特殊行為說原則上不待援用即一律拘束新原告。然而，此說所主張使新原告承受舊訴訟已進行的訴訟結果一事，既同時作為此說的效果與目的，卻於法律上殆無規定，似乎有先射箭再畫靶之嫌，故應就其根據予以說明。

首先，任意當事人變更與法定當事人變更皆係為使訴訟不因當事人適格的欠缺而終結，可謂在制度上同樣以「訴訟連續」作為目的。不同的是，法定當事人變更之所以得將訴訟程序結果之承繼的效果視為理所當然，乃是因實體權利的承

⁶⁷ Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S.367f. 轉引自福永有利·前揭注(39) 550 頁。

⁶⁸ 福永有利·前揭注(39) 546 頁以下。

⁶⁹ 福永有利·前揭注(39) 545 頁以下。

⁷⁰ 福永有利·前揭注(39) 547 頁以下。

繼所伴隨而來的結論。反觀任意當事人變更的情形，實體上權利並未產生同樣的變化。本文檢討相關文獻後，認為特殊行為說的相關根據大致上應可就規範面、事實面說明，以下遂簡要討論之。



1、規範面根據—承認舊原告的「無權代理」

權利人不論行使其程序或實體上之權利，原則上行使之效果應歸屬於權利人本身。而第三人若欲於訴訟上行使權利人之權利，則必須有訴訟遂行權。又即使起訴之初並無遂行權，在不違反禁止任意訴訟信託的旨趣範圍內，若受有事後的追認，亦不影響訴訟遂行的有效性。該追認等同於賦予他人訴訟遂行權，他人遂行訴訟之判決效力亦會及於權利人。其次，無權代理人以本人之名義遂行之訴訟若受追認，訴訟遂行結果亦會等同於本人所為。其根據在於：從允許冒名訴訟的角度來看，本人之名義終歸也僅是訴狀上的一種形式。且不同於民法上的無權代理行為，訴訟行為（包含證據方法提出等事實行為、聲請與主張等）將全體地被追認，因此毋寧謂無權代理訴訟之遂行，即是針對應歸屬於本人的法效果所進行的。又，當事人變更制度實與無權代理訴訟結構相類似，舊訴之遂行皆非由新當事人為之；並且和訴訟遂行權的承認相同，舊訴係為了應歸屬於新當事人的法效果所被遂行的。因此在新當事人所承認的範圍內，新當事人亦承繼舊訴的遂行結果⁷¹。至於新原告所為的承認，在法律性質上應如何定性？學者以為，舊原告提起之舊訴訟，客觀上係為新原告所遂行，故得認為係舊原告在無義務下為他人管理事務（法效果之訴訟遂行）的「誤信管理」，屬於無因管理的範疇。是故，在訴訟上被承認的限度內，應允許新原告以追認的形式為之⁷²。

2、事實面根據—新舊訴之請求基礎同一

事實面上，當事人變更之所以能夠繼續利用舊訴訟的訴訟資料，應可藉由訴之變更要件的「請求基礎之同一性」說明（縱使訴之變更與當事人變更在法律性

⁷¹ 鈴木重勝「任意的当事者変更の許容根拠」『早稲田大学法学』36卷3・4冊（1961）185頁以下。

⁷² 鈴木重勝・前掲注（71）187頁以下。

質上有所不同)。首先，訴訟上之所以要求於訴狀上特定請求聲明與原因之目的，係為劃分作為訴訟對象的紛爭之界線。而訴之變更的正當性在於，不論如何變更請求聲明與原因，只要請求基礎同一，新、舊訴訟便因此具有一體性，進而得援用舊訴的訴訟結果。由此點來觀察，任意的當事人變更制度本係源自於一般國民在起訴時未能充分掌握法規範關係的特定法主體而來。並且吾人同時可以發現，在任意當事人變更的案例中可以觀察出原當事人往往是與同一紛爭事件的關係主體的現象。而既為同一紛爭事件，在請求基礎上亦相同，因此有訴訟一體性進而得到能援用舊訴訴訟遂行結果之結論⁷³。

3、關於特殊行為說之疑慮

於此可能產生的疑慮是，依特殊行為說新當事人直接受舊訴遂行結果拘束，是否將造成「作為拘束新當事人之判決基礎的訴訟資料，竟是由未受判決效所及的舊當事人所提出」之不公現象？對此可以認為，規範面上「他人所主張之法效果歸屬於己」這樣的結構業已於獨立參加的制度上（第 47 條）被肯認。此外，當事人依據辯論主義有提出訴訟資料的權能，並且從主張共通原則與證據共通原則可以得出「一旦事實與證據被作為判斷法效果之素材提出，不論提出之人的地位為何，只要有提出之權能，皆能作為判決基礎一部」的啟示。進一步言之，在任意當事人變更的場合，若是舊當事人提出的訴訟資料在新訴中被判斷有同一的法律效果，亦不礙於作為新訴之判決基礎⁷⁴。

然而縱使新原告受舊訴訴訟狀態所拘束，新原告也應被賦予針對訴訟資料爭執、表示異議與進行反對訊問的在場權。例如新原告有認為反於真實之部分，此時便得例外予以撤回⁷⁵；反言之，若是承認舊訴的訴訟效果，等同於放棄該在場權⁷⁶。就此點而言，批評特殊行為論者指出，新原告在部分情況下（例如筆錄記載有缺漏）未必對於舊原告主張事實全然知悉。新原告既不知情，更無從針對可

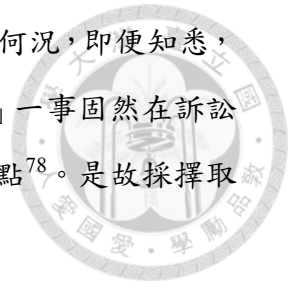
⁷³ 鈴木重勝・前掲注（71）190 頁以下。

⁷⁴ 鈴木重勝・前掲注（71）194 頁以下。

⁷⁵ 上野泰男「当事者の変更」『民事訴訟法の争点』（有斐閣，旧版，1979）74 頁。

⁷⁶ 鈴木重勝・前掲注（71）196 頁以下。

能產生爭執部分有異議機會，遂將形成對其的程序不利益⁷⁷。更何況，即便知悉，新原告尚有可能就反於事實一點爭執。因此「直接拘束新原告」一事固然在訴訟連續的層面上堪謂優點，但同時也有導致訴訟程序複雜化的缺點⁷⁸。是故採擇取特殊行為說是否無異於一把雙面刀，亦值得吾人深思。



第二款 實務—偏好當事人更正/補正

早期的日本實務見解並不肯認任意的當事人變更制度。首先，在大審院明治34（1901）年10月9日判決中，判例針對訴訟標的移轉後於第二審所為的原告變更，一方面認為屬於訴之變更的範疇，另一方面也認為基於在沒有承繼、脫離訴訟的明文規定下，不得為原告之變更。雖然此判決作成乃是基於當時日本民訴法（明治24，1891年）不承認當事人適格移轉所為的當事人變更外，與訴之變更應經被告同意始得為之（第195、196條規定參照）的背景⁷⁹，但此判決也一定程度地影響後續實務見解⁸⁰。例如大審院昭和3（1928）年8月8日判決、神戶地判昭和31（1956）年5月8日判決、岐阜地判昭和32（1957）年5月22日判決中，雖然皆認當事人變更雖為訴之變更，然而在欠缺明文的前提下，原則上並不適法。

雖然，較為近期的判決已逐漸意識到任意當事人變更制度的必要性，但是在原告變更的情形中，文獻上指出部分判決會利用「當事人更正/補正」的手段，以達到實質上變更的效果⁸¹，就該些判決於以下提出說明。

首先為神戶地判昭和26（1951）年2月15日判決，該案事實係本應由具原告適格的子女X2起訴，X1親權人卻誤以自己為原告起訴，判決認為親權者係

⁷⁷ 福永有利·前揭注（39）546頁以下。

⁷⁸ 福永有利·前揭注（39）548頁以下。

⁷⁹ 第195條：「訴訟標的之權利拘束因訴狀送達而產生，權利拘束有左列效力：第一、權利拘束繼續中，原告或被告就同一訴訟標的於其他法院中提起本訴或反訴請求時，他造得靠告為權利拘束之抗告；第二、受訴法院之管轄不因訴訟標的之增減、住所之變更與其他管轄未規定之情事而變更管轄；第三、原告無變更訴之原因的權利，但於本案言詞辯論前被告未就變更之訴異議時，不在此限。」

第196條：「原告得於符合左列各項並且被告未異議時為訴之原因變更：第一、補充或更正事實上或法律上之陳述；第二、針對本案或附帶請求為訴之聲明的擴張或減縮；第三、請求最初請求之物滅失或變更的賠償。」

⁸⁰ 高島義郎「当事者の変更」『関西大学法学論集』8卷6号（1959）25頁。

⁸¹ 福永有利·前揭注（39）539頁以下。

基於自己對子女的法定代理權所為訴訟遂行，若將法律知識不足所導致的原告特定錯誤而將不利益歸諸於原告，並不妥當。因此允許親權人 X1 更正新原告為子女 X2。判決認為屬當事人更正之原因，乃是因其所採之當事人確定理論應為適格說；相對的，文獻上則似基於表示說之立場認為此案例應屬當事人變更。亦有論者以為 X1 與 X2 雖然形式上是不同的人格個體，然由於實質上立於主張同一利益的立場，兩者應具有當事人之單一性，而不應以當事人更正/補正處理⁸²。不過，由於親權人 X1 在舊訴中實質上參與該訴訟，於新訴時雖然原告變更為 X2，然實質為其遂行訴訟者仍為 X1，在舊訴遂行狀態之拘束的程序保障上，亦不因結論上究為當事人變更或更正而有所差別。

其次，在東京地判昭和 25（1950）年 12 月 11 日判決中，起訴之舊原告 X2 雖實為冒充其弟之名的 X1，判決卻認為 X1 起訴是以自己為當事人之意思，僅係為了不損名譽所為之冒名訴訟，遂允許 X1 將訴狀上新原告更正為 X1。若按文獻邏輯認為此則判決應為當事人變更的範疇，無疑是在當事人確定理論中採取表示說的見解。惟判決顯然是以行動說作為允許更正原告的前提，故是否確實如文獻所認屬於當事人更正/補正的誤用，值得商榷。然而即便如此，實際上進行新、舊訴訟的原告皆是 X1，故在舊訴訴訟狀態的拘束上並不影響 X1 的程序利益。

第三項 兩國法比較

第一款 當事人更正/補正與變更的混淆現象

我國實務認為〈車禍駕駛者與車輛所有權人〉類型屬於當事人變更，而非當事人更正/補正。然而誠如前述，本文發現不論法院是否提出「因舊原告係以車輛所有人為請求事實」為由，皆認為其屬當事人變更。但是依本文於前述之分析，若是法院有依照該事實為判斷時，似係採取適格說而屬當事人更正/補正，因此於同樣類型之案例中論理並不一致，應有違誤。至於〈冒名訴訟〉，雖然法院認為屬當事人補正之問題，然而本文認為應區分冒名之人係為自己或者他人起訴，

⁸² 伊藤真·前掲注（16）194 頁。

若是前者，因當事人不具有同一性而屬當事人變更，然於後者之情形則為當事人的訴訟代理權補正。最後，〈團體與團體代表人〉當中認為將原告從合夥團體改列為合夥人全體屬當事人補正之實務見解，已充分意識兩者於當事人同一性並無評價上不同，僅是因為合夥團體本身無法登記為不動產所有權人之原告改列。故本文以為縱使採取表示說之見解，此時本於公益觀點例外採取當事人同一性的實質判斷，而得以當事人更正/補正解決之。

相對地，即使日本法上就關於原告變更的判決數量相當有限，仍可觀察出過往判決利用當事人更正/補正替代為當事人變更的傾向(如神戶地判昭和 26(1951)年 2 月 15 日判決)。雖然兩種制度皆就當事人的表示產生訴狀外觀的變化，但似乎可以認為日本實務在根本上對於直接採取任意當事人變更制度有所猶疑。誠然，不能否認採取當事人更正/補正方式之最大優勢便在於不會改變當事人間的訴訟繫屬與訴訟法律關係，而一律地延續原先的訴訟進行狀態。然而如同論者所言，當事人更正/補正僅屬一種簡易的文書更正程序⁸³，若僅因該便利性而擴張其射程，是否反而將任意當事人變更制度形骸化而有所不當，仍有討論空間。更何況對於新原告而言，亦有受裁判權利以及審級利益等程序保障問題⁸⁴，因此仍須有明確劃清兩者界線之必要。此外，如同修正複合行為說論者所言，複合行為說在自我反省的過程中，已經對於舊訴之遂行結果如何延續至新訴有所解釋。因此在未來是否能夠在日本法上更正/補正當事人的案例中發現不同於往昔的處理方式，值得觀察⁸⁵。

第二款 原告變更之要件

一、 新、舊原告之同意

不論我國或日本學說，皆認為變更原告時應得舊原告與新原告之同意一事，本文亦贊同之。且此點不因我國的訴之行為說，或者日本的複合行為說、特殊行為說而有所異。對於舊原告而言，變更原告乃是對於舊訴之撤回（民訴法第 262

⁸³ 伊藤眞・前掲注(61)115頁以下。

⁸⁴ 納谷廣美・前掲注(8)13頁。

⁸⁵ 福永有利・前掲注(39)539頁以下。

條、日本民訴法第 261 條)。而若是在違反舊原告意思之基礎下強迫舊原告退出訴訟,其將喪失透過訴訟解決紛爭之機會,對於其處分權的保障無疑是一大侵害。對於新原告而言,變更原告則為新訴的提起,從處分權主義第一命題來看,亦需有其起訴之意思。惟應特別注意者,按特殊行為說之邏輯,必須同時符合新、舊原告之同意始得為變更。

綜上,原告變更應以新、舊原告之同意為必要要件。特別應注意新原告之同意(起訴之意思)必須個案判斷,而不可當然因為新、舊原告之間具有相當程序的緊密關聯性而忽略此要件之檢驗。例如:〈契約之真正締約人〉中,新、舊被告多為配偶之關係,然夫、妻本各屬不同程序主體,若是依其配偶之關係而認為毋須同意,無疑是對其程序處分權之侵害;〈團體與團體代表人〉中,雖然變更前後皆係由代表人遂行訴訟,然團體在形成起訴與否之意思時,亦係由該團體之構成員全體而非代表人單獨為之。在〈車禍駕駛者與車輛所有權人〉中,車輛所有人雖可能為了能夠適時主張對車輛所有權之損害賠償允許變更,然亦有可能衡量起訴所造成的程序不利益與實體利益衡量後而拒絕變更。

二、 被告之同意

(一) 被告未行言詞辯論

在被告行言詞辯論前,「被告同意」於我國法中係作為允許變更原告的要件之一(第 255 條第 1 項第 1 款)。而日本法則如同前述,縱然在實務判決上有以被告同意作為准許變更當事人之事由,然文獻上並未見有相關的討論,僅著重於新舊訴的關聯性。應可合理推測在日本法上,變更原告之要件原則上並非以被告之同意為要。

雖然在實務上不乏因被告同意變更原告而依據第 255 條第 1 項第 1 款允許的案例。不過即便是未得被告之同意,法院亦常以同條項第 2、7 款作為准許要件。因此可以發現,有關學說主張「請求基礎事實同一」、「不甚礙訴訟終結」可以取代被告同意,以達成訴訟紛爭能夠一次解決的程序要求的立論,在此獲得了一定程度的應證。

(二) 被告已行言詞辯論

依照日本民訴法第 261 條第 2 項，於被告已提出準備書面、於辯論準備程序陳述或者為言詞辯論後，撤回訴訟應經被告同意始生效力。而此規範亦於日本的複合行為說、特殊行為說上皆有所適用，若是於準備書面提出等時期後聲請原告之變更，被告之同意應為必要要件。

雖然我國亦有民訴法第 262 條第 1 項但書的規定，以本案言詞辯論與否作為是否應有被告同意為撤回效力之劃分。且學說認為，基於保護「當事人對於訴訟程序之信賴與期待」，所謂言詞辯論亦應包含準備程序的陳述與準備書狀的陳述⁸⁶。然而對於合法的訴之變更後舊訴之地位為何，不論學說、實務上皆有所爭議。簡論該爭議，其實不外於「訴之變更是否應與第 262 條脫鉤」的問題，即係「以擬制撤回或捨棄舊訴為前提，無須符合撤回規定即可允許訴之變更」，與「必須符合撤回規定始得為訴之變更」的對立。

在此之中，本文對於變更原告毋須被告同意一事持有些許保留態度。蓋不論係民訴法第 262 條第 1 項或日本民訴法第 261 條第 2 項，其意旨皆在於避免被告已付出勞力時間費用應訴後，卻因原告妄為撤回而無法取得勝訴判決的利益，進而蒙受被同一原告再起訴的風險。再者，訴之變更對原告而言雖係允許其能夠透過同一訴訟程序達成解決紛爭之制度；但也不得以此利益即毫無限制地強使被告隨時受有無法確定攻防對象的風險。因此於客觀的訴之變更中，即應與民訴法第 262 條為合併觀察，未符合撤回規定者，不得允許該訴之變更聲請。最後，此一程序法價值，更不應以主觀、客觀的訴之變更而有所不同。在客觀的訴之變更僅是被告對同一原告的爭執對象不同，然而於主觀的訴之變更中，由於當事人已非同一，被告所爭執的對象亦可預見將更為擴大，或因對造身分不同而有必要提出其他攻擊方法之可能。要之，於原告變更的場合中，即是透過此條被告之同意權落實「對舊原告取得勝訴判決」的利益之保障。因此於被告行言詞辯論時，應有其同意始得為原告之變更。

然而，依本文見解以被告同意為變更原告之必要要件的情況下，若是被告未

⁸⁶ 呂太郎，前揭註 1，頁 414。

同意時，變更原告之效力為何？按日本法之複合行為說，此時因僅有「提起共同訴訟」的部分符合要件，即屬原告之追加；特殊行為說則因該變更原告之聲請要件不符，而無法於舊訴變更之。依我國訴之變更說的架構下，尚需另外判斷原告聲請變更之真意，是否包含「不允許變更即毋須就新訴為審判」之意。本文亦認為，若是僅因被告未同意便將變更原告之聲請完全歸於無效，既於我國法訴之變更體系下不合外（蓋並未如同日本特殊行為說將其視為一體的訴訟行為），也無法落實原告之程序處分權。因此，必須就個案判斷原告之變更聲請，是否包含變更不合法時即就「舊訴捨棄」之意。抑或請求繼續審判舊訴，視有無利用舊程序之意思為追加或獨立提起新訴。惟於後者情形時，法院即應注意是否有合併辯論之必要，以避免裁判之矛盾。

最後，日本特殊行為說特別指出於檢驗被告「同意」變更與新原告「承認」訴訟遂行結果部分時，應納入誠信原則的要素。此一不確定法律概念需要依個案審理情形判斷，以神戶地判昭和 26（1951）年 2 月 15 日判決為例，由於前後訴訟實際上遂行者皆是親權人 X1，若於變更為 X2 後再行否認 X1 於舊訴遂行結果，應屬權利濫用而不宜允許之。但縱使採取複合行為說，本文亦不認為此時代表著誠信原則於複合行為說的缺席，蓋日本民訴法第 2 條後段⁸⁷業已一般性地明文規定，當事人須遵循誠實信用原則遂行訴訟。我國民訴法雖無類似規定，惟學說自誠信原則為貫穿所有法律領域之一般法律原則，業已肯認民訴法上誠信原則之適用⁸⁸。以此觀之，我國就新、舊原告與被告之同意上，亦得基於誠信原則導出與日本特殊行為說的相同結論。若是任一當事人拒絕同意係有違該同意權之旨趣而行使，即為「訴訟上權能濫用」而不應允許之。就〈車禍駕駛者與車輛所有權人〉、〈契約之真正締約人〉而言，新、舊原告之間具有緊密關聯；〈團體與團體代表人〉的實質上遂行訴訟的原告更為同一人，是故若拒絕同意變更，應可認為係違反誠信原則的權利濫用。就被告而言，由於需要得其同意時點為言詞辯論後，其應可知悉原告之變更係為補正當事人適格的聲請，故若是被告拒絕同意表

⁸⁷ 「法院應致力使民事訴訟為公正且迅速之程序；當事人應依誠實信用為民事訴訟之遂行。」

⁸⁸ 詳細學說整理，王玉如（2001），《誠信原則於民事訴訟上之適用》頁 40-42，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。實務則如台灣高等法院 89 年度家上字第 7 號判決、最高法院 81 年度台上字第 625 號判決。

徵出故意使原告無法取得判決的外觀，亦得認為係權利濫用。



三、 新、舊訴之關聯性

應注意者，縱使已取得前開所述「新、舊原告之同意」，在被告未同意變更的情況下，仍應要求具有客觀之要件存在，以避免被告受到無關連之訴訟牽連，擴大攻防範圍的同時，亦延滯訴訟之進行。

關於新訴客觀上應具備何要件，由於日本複合行為說因以共同訴訟成立為變更當事人之前提，故認為其必須與舊訴之間有通常共同訴訟的關聯性（日本民訴法第 38 條參照），亦有論者以為必須有更高之關聯者。特殊行為說則從訴訟標的變動觀察，認為新、舊訴之間應有密接、同一之關聯。至於我國文獻上雖有主張以民訴法第 53 條為當事人「追加」要件者⁸⁹，但依本文見解，我國既然採取訴之變更說，並且將民訴法第 255 條作為變更原告之依據，可謂與日本兩說完全地不同，關於「變更」原告，並無以共同訴訟規定（民訴法第 53 條）觀點或訴訟標的變動觀點為設定要件之基礎⁹⁰。

而如前所述，縱使未行言詞辯論之被告不同意變更，我國實務更常以第 2 款、第 7 款為準許變更之事由，學說亦有認為尚有第 4 款之適用可能⁹¹。因此可謂即便欠缺被告之同意，若在新、舊訴之關聯性上符合此三款之一，應得為原告之變更。然而本文觀察實務在第 2 款的適用上，亦有同時適用第 7 款為判斷之情形⁹²，則實務是否係將此二款視作一「併用」之關係，應有釐清之必要。

首先，文獻上認為，第 7 款應可視作一補充性條款，第 1 款至第 6 款雖亦不妨礙被告防禦及訴訟終結，然既已明文規定，從法律解釋觀點而言宜優先適用。因此在個案中檢驗前 6 款皆無法適用後，始考慮是否符合第 7 款之情形⁹³。本文認為此款既然係於 2000 年民訴法修正後自舊法第 255 條第 1 項中獨立為訴之變

⁸⁹ 范光群等，前揭註 24，頁 582【范光群發言】。

⁹⁰ 同認為想像上當事人變更不存有民訴法第 53 條適用者，參見范光群等，前揭註 24，頁 564【陳計男發言】。

⁹¹ 雖然學說認為可以依第 4 款變更當事人，惟經查實務上怠無依該款為變更當事人之見解。

⁹² 例如〈車禍駕駛者與車輛所有權人〉之臺中地方法院 106 年度中訴字第 5 號判決、〈契約之真正締約人〉之新竹地方法院 106 年度竹東小字第 27 號判決。

⁹³ 許士宦，前揭註 8，頁 502-503。或稱第 7 款係概括條款者，黃國昌（2009），〈客體面之複雜訴訟型態：第二講—訴之客觀變更追加〉，《月旦法學教室》，81 期，頁 63。

更、追加之事由，此見解應屬恰當。又，學說亦以為在依「判決基礎事實同一說」解釋第 2 款時，實與第 7 款在准否變更之判斷作用上具有相當之重疊性。因在符合第 2 款之情形中，由於變更前之訴訟資料得於變更後利用，通常並不會加重被告攻防上負擔或者延滯訴訟之終結，而可謂亦該當第 7 款之要件。惟若是採取「社會事實同一說」，認為在變更前後之法律關係（或訴訟標的）係基於同一社會事實時即符合此款，則另需判斷該社會事實是否已由當事人依處分權主義、辯論主義經表明、特定舊訴之訴訟標的或爭點整理時提出，否則若原告得任意於程序後階段提出變更聲請，即有違背第 7 款之要旨⁹⁴，而需進一步檢驗是否有違反適時提出主義之要求⁹⁵。

要之，對於第 2 款之解釋不同，似乎將影響與第 7 款之間的關係：採取判決基礎事實同一說時，已將「是否有礙被告防禦、導致訴訟延滯」內化於訴訟資料重複利用之判斷中，故符合第 2 款時，同時即符合第 7 款；採取社會事實同一說時，則需另外判斷有無違反適時提出主義，似有另外以第 7 款作為輔助判斷之必要。雖然學者認為後者得較明確地使法院、當事人知悉判斷訴之變更、追加的容許性上，需慮及適時提出主義之價值，可避免請求基礎事實同一的概念於不同程序階段有浮動的判斷基準與解釋向度⁹⁶。然本文係採取判決基礎事實同一說⁹⁷，並且認為前者之解釋較能符合第 255 條第 1 項各款事由乃是各自獨立之要旨。因此總的而論，在原告變更的客觀要件上應各自判斷是否符合第 2、4、7 款，並且在具有請求之基礎事實同一時，毋需另外視有無妨礙被告攻防與訴訟延滯的情形。

第三款 原告變更之效果

我國法所採訴之變更說認為，舊訴所提出的事證與訴訟狀態，得於新訴拘束

⁹⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 1，頁 249-250。似同旨，呂太郎，前揭註 1，頁 403（變更、追加後新訴可利用原程序大部分資料，僅需再調查少部分資料者，通常故可認為符合第 7 款）。

⁹⁵ 黃國昌（2012），〈爭點整理後之客觀訴之變更追加—以「請求基礎事實同一」為中心〉，《民事程序法學的理論與實踐》，頁 62，台北：元照。

⁹⁶ 黃國昌，同前註 95，頁 62。

⁹⁷ 參第五章、第一節、第三項。

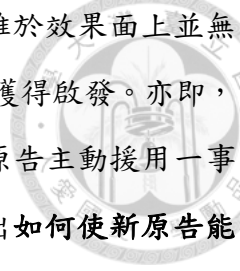
新當事人。而日本複合行為說則是以新當事人援用舊訴訴訟狀態為新訴發生效果之前提，特殊行為說則一概地認為原則上舊訴訴訟狀態將直接於新訴發生效果。從法律架構來看，我國的原告變更較接近於日本複合行為說的架構，而未同特殊行為說般將其視為一體的訴訟行為。但本文質疑，為何同樣皆是「提起新訴與撤回舊訴」的架構，我國的原告變更在套上訴之變更的「外衣」之後，便可將舊訴訴訟結果逕自拘束新當事人，而不予新當事人主動援用的機會？換言之，在變更原告的情形中，於我國法之架構下應如何落實對新原告就舊訴訴訟狀態拘束之正當化基礎？

對此，本文認為應可自新原告之同意權為觀察。學說上一再強調，新原告對於變更之「同意」妄不得與提起訴訟之處分權主義混為一談⁹⁸。蓋即使新原告選擇起訴，亦不代表其對於受未知的訴訟遂行結果拘束有所甘受。因為雖然對新原告而言，變更原告是對於被告之起訴，但是若沒有利用舊訴之必要，何須特意於舊訴中對被告提起新訴？本文以為，應將新原告之同意內涵包括為「同意變更新原告」與「同意使用舊訴訴訟狀態」兩部分。

不同於前者，後者並無法當然表徵於同意之外觀。雖然學者強調若是新當事人於同意當事人變更時，應係對於程序所造成的利益與不利益有所衡量⁹⁹。可是具體而言，據以衡量的客體之一（舊訴訴訟狀態），是否已有充分揭露與新原告，則是一大疑問。此點亦可從日本法兩說對於原告變更的效果之爭中觀察出，兩說雖然在結論上皆肯認新原告應對於舊訴遂行結果有爭執機會，但是細節部分則稍有差異。複合行為說以合併辯論的法理要求新當事人應主動援用事證作為於新訴發生效果的手段。並且認為因為筆錄記載或有不完整的可能，在新原告沒有參與舊訴時，將筆錄作為已知資訊來追認舊訴遂行結果為妥，對於爭執範圍亦因此可臻於明確。至於特殊行為說雖可直接拘束新原告，但也被批評若是筆錄有不完整之情事，新原告自筆錄獲得的舊訴資訊將可能有所闕漏。雖然本文亦以為，若是能夠進一步論證新原告關於舊訴遂行結果的資訊接近權趨向充足，那麼複合行為說所擔憂的新原告程序利益被侵害的情形也將不復存在。

⁹⁸ 劉明生，前揭註 17，頁 203。

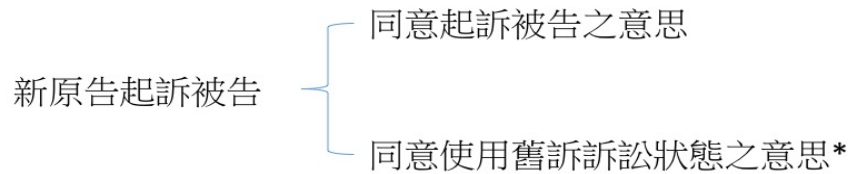
⁹⁹ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。



依本文見解，我國民訴法的當事人變更因屬訴之變更，則雖於效果面上並無法直接援用複合行為說或特殊行為說之解釋論，然而卻可從中獲得啟發。亦即，新原告同意援用舊訴訴訟狀態，相類於複合行為說所主張由新原告主動援用一事。而兩說雖就拘束之範圍有所差異，但是從前述比較中可以觀察出**如何使新原告能夠充分知悉舊訴的訴訟狀態，應屬當事人變更的重要之事**。是故，本文先前雖然指出關涉〈契約之真正締約人〉的苗栗地方法院 104 年度訴字第 366 號判決，係混淆了要件與效果之區別。不過該判決也特別強調正因為「**新原告同意援引舊原告之歷次書狀證據與陳述**」，對其程序權有充足保障，而可認為新原告受舊訴訴訟遂行結果拘束有其正當性。惟我國實務其他的判決則少見類似內容，似乎並未意識到此點，尚有檢討必要。然而，即便能夠確實摒除此點不安定因素，特殊行為說所主張使新原告受舊訴遂行效果拘束，終究是法律明文上所未規定的範疇，正如同我國訴之變更也未明文規定變更後之效果為何。因此關於變更原告的理想之實務操作，應先由法院基於闡明義務主動告知新原告舊訴的歷次書狀證據、陳述，並且告知其受同意拘束之效果，以避免對其造成事實認定上的突襲。不過，仍需就針對個案中新當事人於舊訴的聽審請求權之保護程度強弱，個別給予新當事人爭執機會。例如在〈團體與團體代表人〉類型中，由於實際遂行訴訟者皆為團體之代表人，因此直接可認為拘束新原告並無侵害此部分的程序權保障；但是在〈契約之真正締約人〉、〈車禍駕駛者與車輛所有權人〉中，因新原告並非實際於舊訴遂行者，在有爭執舊訴訴訟狀態的情況下應相對地給予機會爭執。就此結論，簡要以下〈表一〉總結：



舊訴訴訟狀態拘束新原告？



*應由法院闡明歷次書狀、證據，並且告知該拘束效果，使新原告能充分衡量程序利益後，始成為舊訴訴訟狀態拘束新原告之依據。

第三節 被告變更

第一項 台灣法

第一款 學說見解

一、要件

依據我國法第 255 條，變更被告的要件與變更原告並無太大差異。首先，依據處分權主義第一與第三命題，原告需有為聲請變更被告之意思表示，自不待言。至於有關變更被告的客觀要件，於學理上最大的爭議有二，一為是否得以「請求基礎事實同一」作為變更當事人事由？二為在舊被告已行言詞辯論未同意時，是否仍得以此款為變更事由？

就第一點問題，肯定論者以為由於我國訴之變更包含當事人變更，因此解釋上應涵蓋了以此款為變更當事人的事由¹⁰⁰；否定者則以為，即便新訴在客觀上已符合第 255 條第 1 項第 2 款「請求基礎事實同一」，仍不得據以變更當事人，蓋客觀與主觀的訴之變更不得混為一談，而有區辨必要¹⁰¹。

因此針對第二點問題，否定論者參考德國法上不得以「有助於訴訟事件之解決 (Sachdienlichkeit)」取代舊被告同意的見解，理論一貫地認為於我國法上更不

¹⁰⁰ 許士宦，前揭註 8，頁 493。同旨，沈冠伶，前揭註 25，頁 259。

¹⁰¹ 劉明生，前揭註 17，頁 200。

得以第 2 款取代舊被告同意。否則，將會致使舊被告陷入再次被訴之風險、浪費迄今所進行之防禦（與相應可能取得的本案判決利益）¹⁰²，等同於將裁判紛爭一次解決之價值凌駕於上，且過度忽略訴訟延滯的問題¹⁰³。肯定論者雖亦認同上述觀點，肯定舊被告的保護應處於優先地位，若是舊被告已行言詞辯論，則涉及其原本「可能獲得勝訴判決之程序利益與實體利益」¹⁰⁴，依民訴法第 262 條第 1 項但書，須得其同意。例外於符合第 255 條第 1 項各款事由者，無需同意。此外，考量再次被訴風險、喪失取得本案判決機會，以及新被告已有參與訴訟程序而對事實狀況有所信賴而以產生對訴訟進行的「決定性影響（maßgeblich beeinflusst）」之要素，若是表徵出舊被告係基於權利濫用而拒絕同意，此時亦例外無需舊被告同意亦可為變更。但是未得舊被告同意並不代表全盤否定該原告所聲請變更的效力，應另得以「追加」新被告的形式允許之¹⁰⁵。

新被告部分，雖然民訴法第 255 條第 1 項第 1 款規定「被告同意」作為訴之變更的要件之一，然而學說多認為此處的「被告」應不包含新被告¹⁰⁶。蓋一般而言，原告本有決定以何人為被告之權利，因此第一審時無須新被告同意即可變更。然而即使無需其同意，學理上仍認為在此之外必須存有將舊被告變更為新被告「利用原訴訟程序之程序利益」，若欠缺此要素，不如使原告另行起訴為妥。具體而言，法院需考量有無利用原訴訟之訴訟利益，並依第 255 條第 1 項第 7 款判斷有無妨礙被告防禦與訴訟終結之情形¹⁰⁷。參考德國法之學者即認為此時應就新舊訴訟資料「部分一致性（teilidentisch）」之有無，判斷是否符合訴訟經濟之目的¹⁰⁸。而在第二審時，由於涉及到被告的審級利益，原則上應以新被告的同意作為變更之必要前提，據以判斷已放棄審級利益¹⁰⁹。

¹⁰² 劉明生，前揭註 17，頁 200。

¹⁰³ 姜世明（2009），〈訴之變更、追加理論中之利益衝突〉，氏著，《民事程序法實例研習（一）》，頁 41，台北：元照。

¹⁰⁴ 沈冠伶，前揭註 19，頁 258。

¹⁰⁵ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

¹⁰⁶ 雖然少數見解認為仍以新被告同意為要，惟本文認為其似乎過度拘泥於法條文義解釋，因此不採之。呂太郎，前揭註 1，頁 399。

¹⁰⁷ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

¹⁰⁸ 劉明生，前揭註 17，頁 200。

¹⁰⁹ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259；姜世明，前揭註 103，頁 42。

二、 效果

與原告之變更相同，變更被告亦屬舊訴訴訟程序之續行，因此已進行之證據調查對於新被告亦應具有效力。但是相比原告之變更，**被告之變更的效果將對於新被告造成較大的衝擊，蓋原則上變更被告無需新被告之同意即得為之，新被告因此就程序上利害關係並無事前的衡量機會。**對此，德國法遂有提出若新被告未同意，不宜使其受過去訴訟結果拘束之見解¹¹⁰，但是論者批評如此將完全喪失於同一程序中變更被告之意義，更無從達成訴訟經濟效果。因此認為在下述三種情形中，得將舊訴之訴訟遂行結果拘束於新被告：1、在告知新被告其同意變更後所可能的不利益效果的前提下，由新被告就舊訴之「整體」訴訟實施同意時；2、新被告已參與舊訴而信賴系爭事實狀況，並對訴訟進行產生決定性影響（maßgeblich beeinflusst）時；3、舊訴有既判力擴張情形，而被擴張者承當訴訟成為新被告時¹¹¹。在此三種情形之外，如新被告默示同意（包括未為不同於舊被告之行為），承認舊訴訴訟結果得於新訴使用。除不受舊被告自認行為拘束，有關可歸責於其的攻防方法的提出遲延，亦同樣處理。甚可再行要求補充、重啟舊訴所進行之證據調查¹¹²。

不過本文以為，這樣的分類似乎仍係偏重於訴訟經濟導向的結論，因此是否能確保對於新被告的程序利益充分保障，非無可議之處。我國學者有從「保障新被告之聽審請求權」角度觀察，認為應以新被告有無於原訴訟提出攻防機會為準：若為肯定（如參加人、舊被告之代表或代理人），在受保障範圍內受舊訴進行結果拘束；反之，則應許新被告撤銷舊被告的不利訴訟行為（如自認），並且得允許提出新攻擊防禦方法¹¹³；自同樣理論基礎，論者亦指出若新被告不至於因為受

¹¹⁰ Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 763; Kohler, Die gewillkürte Parteiänderung, JuS 1993, S. 318. 轉引自劉明生，前揭註 17，頁 201。

¹¹¹ Roth, Gewillkürte Parteiwechsel und Bindung an Prozeßlage, NJW 1988, S.2980; Foerste, Kommentar zur ZPO (Musielak Hrsg.), §263 Rn. 18. 轉引自劉明生，前揭註 17，頁 201。

¹¹² Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., §263 Rn. 97; Lüke, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., §263 Rn. 97; Foerste, Kommentar zur ZPO (Musielak Hrsg.), §263 Rn. 18. 轉引自劉明生，前揭註 17，頁 201。文獻中分別指出，第二種情形中，例如正確之當事人以錯誤當事人之代表人實施訴訟，或者先前錯誤當事人改以正確當事人之代表人實施訴訟者；在第三種情形，則如訴訟標的法律關係/系爭物之繼受人承當訴訟、意定訴訟擔當時實質權利人承當訴訟、輔助參加人自願承當訴訟時，對新被告發生拘束力。

¹¹³ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

舊訴訟狀態拘束而陷入更不利地位者，解釋為受拘束較為妥當¹¹⁴。又姑且暫不論兩說孰優孰劣的問題，上述學說針對被告變更的情況中，就「**事先地一般性承認原訴訟資料的援用可能，並且事後賦予新被告爭執機會**¹¹⁵」一事可謂達成共識。

至於實體上效果而言，特別是消滅時效部分，基於公平角度應自變更為新被告而參與程序時，始發生訴訟繫屬之時效中斷¹¹⁶。此結論等同於課與原告起訴時須謹慎確定起訴之對象的責任，以免其實體上請求權罹於時效。

第二款 案例探討

相較於原告變更，我國實務上牽涉到被告變更的判決則更為多元，此處本文擬延續討論原告變更的方式，僅就實務上常見且重要的案例提出進行分析。

一、 分公司與總公司

(一) 一般分公司與總公司

依公司法第 3 條第 2 項，分公司為總公司所管轄的分支機構，與本公司為同一權利主體，不具自身的獨立人格與財產，並應與具有獨立法人格的子公司區辨¹¹⁷。最高法院早期即承認分公司於業務範圍內具有當事人能力，並且若是將舊被告的分公司變更為新被告之總公司，應屬訴之變更。詳參最高法院 40 年度台上字第 105 號判決：「按分公司係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，自有當事人能力。又原告對分公司起訴後於訴訟進行中，將被告更正為總公司應認為訴之變更。此為本院最近所持之見解」。不過，判旨似乎並未明確意識到訴之變更與當事人變更的差異，甚至未就允許變更之依據詳細說明。

這樣論述曖昧不明的情況則於近期案例有所改善，例如臺北地方法院 88 年度訴字第 1503 號判決，原告 X 主張訴外人 Z 與 Y2（總公司）訂立合作協議書，嗣因合作終止而另訂立「終止合作協議」，並載明支付佣金予利益第三人即原告

¹¹⁴ 陳榮宗，前揭註 20，頁 192-193。

¹¹⁵ 陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 16。

¹¹⁶ 陳榮宗等，前揭註 20，頁 193；同旨，沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

¹¹⁷ 劉連煜（2011），現代公司法，增訂 7 版，頁 64 以下，台北：新學林；王文宇（2016），公司法論，五版，頁 101，台北：元照。

X。原告本據該終止合作協議請求 Y1（分公司）給付佣金，於審理中變更被告為 Y2：「雖經被告反對，惟本院認 Y1 台灣分公司與 Y2 總公司法人格同一，原告所為之變更，僅為名義上之變更，尚無礙被告之攻擊防禦或妨礙訴訟之終結……本件原告就程序部分所為之變更及追加，本院認均與民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款、第 7 款之規定相符，而應予准許」¹¹⁸。法院似乎認為，由於分公司與總公司法人格同一之故，依第 7 款並無妨礙攻防或訴訟終結，因此得允許變更。

此外有判決另依據同條項第 2 款作為將分公司變更被告為總公司之事由，參高雄地方法院 99 年度雄保險簡字第 17 號判決，原告 X 與訴外人 Z 保險公司訂立傷害保險契約，於契約存續中被告 Y2 總公司合併 Z 而為存續公司。原告 X 於受人身傷害後，請求 Y1 分公司給付保險金，因 Y1 主張該人身傷害並非保險契約之給付項目而未果。X 遂依該契約起訴主張 Y1 應支付保險金予 X，審理中變更被告為 Y2 總公司：「所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者即屬之，最高法院著有 90 年度臺抗字第 2 號裁判要旨可資參照……經查，原告上開請求變更被告 Y 總公司為被告，其主張基礎事實均係與被告向原告保險契約相關。足徵原告所為變更，其請求基礎事實，核與其起訴事實同一」。作為相反的例子，原本列總公司為被告，嗣後允許變更為分公司者亦有之¹¹⁹。

（二） 銀行分行與總行

與此相對，縱使銀行分行在性質上同為分支機構¹²⁰，部分實務意見卻不當然

¹¹⁸ 該案雖上訴至最高法院 91 年度台上字第 1930 號判決，然而仍依相同認為變更並無不適法之處。本案另涉及被告追加問題，於此暫不討論。關於判決所適用之第 5 款，係指原告另追加被告 Y2 之負責人 Y3，請求應就契約之終止負連帶責任。因涉及被告之追加，此處遂不就此討論。

¹¹⁹ 臺北地方法院 98 年度勞訴字第 113 號判決。

¹²⁰ 經商字第 87206274 號函：「按行號所屬分支機構係指有設帳計算盈虧，其財務會計獨立（設有會計帳簿，平日之帳目不與本機構合併計算者），且每月銷售額達營業稅課徵起徵點者而言，而不問其是否與該行號在同一縣市，均須依「商業登記法」第 3 條及第 13 條之規定申

認為得將銀行分行變更被告為總行。如臺北地方法院 97 年度訴字第 6644 號判決，原告 X 對訴外人 Z 持有 700 萬債權，並就其持有 Z 所開立同額本票聲請強制執行，取得執行名義。Z 卻出賣其所有之不動產，就賣得價金委託被告 Y2 總行信託，Y2 再存入 Y1 分行之信託部帳戶。原告 X 遂持本票之執行名義請求 Y1 不得對 Z 清償，審理中變更被告為總行 Y2：「按分行就其業務範圍內之事項涉訟時，實務上雖承認其有當事人能力，惟究不得與獨立之公司法人等同視之，原告此項訴之變更，係將其主張應負責之被告由分行變更為總公司，而各被告有無應負責之情事，乃不同之基礎事實，對被告之防禦顯有妨礙，被告既已明確表示不同意，此項訴之變更即無從准許」。判決當中並未說明分行與分公司之不同，但是從其判斷基準來看，是否因銀行分行數量顯多於一般公司，各自涉及業務範圍已複雜至無從由總行掌握的程度（因此妨礙總行於新訴的攻擊防禦等），仍有探究餘地。**持相反意見者**，可參照臺灣高等法院高雄分院 93 年度勞抗字第 3 號裁定，即便舊訴已進行三次庭期，但因分行抗辯系爭權利義務業已由總行概括承受之故，仍可認無礙被告防禦與訴訟終結而允許將總行變更為新被告¹²¹。

雖然在一般公司與銀行的案例上，關於有不同結論，惟法院皆不否認分公司（行）與總公司（行）之間在法人格上具有同一性，從而前者不具有獨立於總公司（行）之外的法人格。故按此前提，改列總公司（行）為新被告時，應當為被告之更正，而非被告的變更，邏輯上似有自相矛盾之處。相對地，文獻認為若是承認分公司之當事人能力，卻又以當事人變更處理更改當事人為總公司的情形，與當事人同一性之間有所矛盾，因此根本上即不應承認分公司的當事人能力¹²²；

請行號之分支機構登記。至於分支機構之名稱，除應表明某某行號之名稱外，尚須附記其為分支機構之明確字樣，例如「某某行某地分行」、「某某商號第某分店」、「某某店某某分所」... 等等。」

¹²¹ 原告 X 對訴外人 Z 持有本票債權，經裁定取得執行名義。而 Z 對任職之 Y1 分行有資遣費請求權、社員股金請求權，原告 X 遂請求確認 Z 對 Y1 之債權存在，嗣於審理中變更被告為 Y2 總行：「按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但不甚妨礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限。民事訴訟法第 255 條第 1 項第 7 款定有明文。相對人起訴時，原列抗告人之 Y1 分行為被告，嗣經該 Y1 分行抗辯屏東二信由抗告人即總公司 Y2 概括承受，非由 Y1 承受，相對人始將被告改列為抗告人，即相對人撤回原列為被告 Y1 分行之訴訟，追加抗告人為被告，此雖為訴之變更，惟抗告人經列為被告後，嗣後在此訴訟中可為任何防禦方法，並由此訴訟程序，可確實解決兩造間糾紛，否則相對人須再另對抗告人起訴，另生訟爭。從而，可認相對人雖將原訴變更，但不甚妨礙抗告人之防禦及訴訟之終結，原法院准許相對人變更其訴，並無不當」。

¹²² 姚瑞光，前揭註 7，頁 104-105。

承認分公司具當事人能力者，以為分公司的實體法上之權利主體與訴訟法上在實質上之訴訟程序主體仍係單一不可分割，既然訴訟程序主體於實質上並無變更，應非當事人變更¹²³。更有論者自分公司係為總公司為任意的訴訟擔當觀點，認為雖然總公司之訴訟上地位吸收該分公司之地位而具有當事人同一性，但難謂形式上訴訟主體並無更動，因此應得適用（或類推）第 255 條第 1 項第 2 款之規定變更之¹²⁴。

本文認為，雖然實務承認分公司具有當事人能力，進而賦予其程序法上地位。然判斷當事人同一性目的之一，乃是為了避免無獨立人格者因更正/補正而直接受舊訴訟狀態所拘束，在一定程度上有所不利。惟在分公司與總公司之情形，除了前者係受後者管轄而無獨立法人格外，後者本於管理責任，對於前者所受之程序上不利亦應有所預期而有所承受。並且從程序公平觀點來看，也不應將此不利益轉嫁予原告，使其尚須耗費勞力、時間、費用，就是否該當第 255 條各款事由聲請當事人變更。綜上述，〈分公司與總公司〉案型雖於實務上被歸類為當事人變更，本文以為有所誤用，而應屬當事人更正/補正之範疇。

二、 團體與團體代表人

（一） 法人團體

法人團體部分，較為典型者乃為原告起訴後始意識到實際上與原告間存在權利義務關係者為法人而非法定代理人的情形。例如高雄地方法院 105 年度訴字第 1152 號判決，訴外人 Z 為原告 X 之父，生前為推展業務設定其所有之土地抵押權於被告 Y2 公司，然 Z、Y2 間實際上並無債權關係存在，X 繼承系爭土地後始查明該事，援依民法第 767 條第 1 項中段請求 Y2 之負責人 Y1 塗銷抵押權，嗣於審理中變更被告為 Y2：「本件原告起訴時原將訴外人 Y1 列為被告，請求塗銷附表所示不動產之抵押權設定登記；……言詞辯論期日當庭變更被告為 Y2 公司（法定代理人 Y1），本院審酌上開訴之變更，係基於主張兩造間就抵押權所擔保

¹²³ 楊建華（2010），〈分公司之當事人能力〉，《問題研析民事訴訟法（一）》，頁 133。台北：三民。同旨，邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 9，頁 246-247。

¹²⁴ 許士宦（2010），〈分公司之當事人能力與當事人適格〉，《訴訟參與與判決效力》，頁 396-397。台北：新學林。

債權不存在之同一基礎事實，揆諸上開說明，自應予准許」。

其他相類案件，如臺北地方法院 106 年度訴字第 2322 號判決，原告 X 為系爭土地之管理機關，訴外人 Z 公司向台北市承租系爭土地興建市場，然租賃契約到期後，Z 所有之市場對系爭土地並無使用權源。且該市場嗣後遭強制執行，雖由被告 Y1 公司拍得，雖與 X 簽訂使用該土地之行政契約，然 Y1 公司嗣後宣告破產，未繳納使用土地之使用費與違約金，並由會計師 Y2 為破產管理人。X 依系爭行政契約請求 Y1 給付土地之使用費與違約金，審理中變更被告為 Y2：「原告 X 以民事陳述意見狀變更被告 Y1 公司為被告 Y2 會計師即 Y1 公司破產管理人……經核，原告所為訴之變更，係本於同一訴訟標的法律關係暨原因事實，為補正當事人適格所為（最高法院 27 年上字第 2740 號判例意旨參照），原訴與變更之訴之原因事實、證據資料具同一性，且無害於他造程序權保障，堪認請求之基礎事實同一，揆諸前揭說明，應予准許」。

此外，我國商業實務上往往可見登記之負責人與實質負責人不符的情形，因此若是聲請變更為實體上並無負責人資格的第三人為新被告，實務認為仍有允許可能，例如臺灣高等法院 99 年度抗字第 1332 號裁定中，原告 X 對 Y1 公司依民法第 767 條請求出租之土地返還與地上物拆除，嗣後發現地上物興建者為 Y1 之登記負責人 Z 之配偶 Y2，遂變更被告為 Y2：「……惟觀抗告人原訴與變更後之新訴所為之請求，皆係因其所有之系爭土地遭他人之地上物無權占有而生之爭執，請求之基礎事實並無不同，且卷內資料（如現場勘驗筆錄、照片、臺北縣瑞芳地政事務所經原法院囑辦系爭土地使用面積測量土地複丈成果圖等資料）尚可供新訴利用，不甚礙訴訟之終結。抗告人為本件訴之變更，雖未經 Y1 公司同意，然請求之基礎事實同一，且不甚礙 Y2 之防禦及訴訟之終結，依上開說明，非不得准許之」¹²⁵。就上開三則判決，與原告變更的〈團體與團體代表人〉案例情形相同，新、舊被告依表示說皆屬不同之主體，以當事人變更處理並無錯誤。

進一步論，高雄地方法院 105 年度訴字第 1152 號判決、臺灣高等法院 99 年度抗字第 1332 號裁定皆是原告於審理中發現實際具有系爭土地之所有權人為新

¹²⁵ 此裁定中雖未明白表示 Y2 與公司登記負責人之夫妻關係，但於發回一審做成的判決中可以觀察出（臺灣基隆地方法院 97 年度訴字第 529 號判決）。

被告，其聲請變更被告，係一補正當事人適格的訴訟行為，而關於該土地無權占有或抵押權塗銷之事實之審理，亦得於新訴中重複利用，故依第 2 款為追加應無疑問。臺北地方法院 106 年度訴字第 2322 號判決雖非土地之返還，但是對於系爭使用費用、違約金返還之審理，亦得於新訴利用之故，被告之變更亦得依第 2 款謂合法。

（二）非法人團體與其他

非法人團體部分，實務上承認原告起訴合夥負責人後變更被告為合夥團體本身，參高雄地方法院 97 年度鳳小字第 2721 號判決，原告 X 因至 Y2 合夥團體（修車行）進行修繕車輛，嗣因車輛反因修繕不當導致車輛損害，援依侵權行為請求 Y2 團體之負責人 Y1 給付所生損害之損害賠償：「本件原告起訴原係以 Y1 為被告，嗣於訴訟審理時具狀變更被告為 Y2，Y1 係法定代理人，經 Y1 當庭收受該書狀無異議而為本案言詞辯論，且原告變更以 Y2 合夥團體為被告，原被告 Y1 即係該團體負責人，自無礙其防禦及本件訴訟之終結，是原告所為訴之變更，應予准許，合先敘明¹²⁶」。就此判決，雖然前述將合夥團體改列合夥人全體為原告之案例中¹²⁷，係採取當事人更正/補正方式處理。但是本文認為本判決之案例與前述案例並不相同，蓋前述判決之原告本係起訴合夥人「之一」的 Y1，此時即難謂有上述學說所認得評價為具有主體性同一之情形¹²⁸，因此判決以當事人變更處理並無違誤。而又舊訴所審理車輛維修不當之相關事實，亦得於新訴利用，Y1 作為 Y2 團體之負責人且參與舊訴，難以否認繼續利用該訴訟資料之可能，故依第 2 款變更。惟判決卻謂依第 7 款變更，忽視第 7 款乃屬補充條款，應有不當。

然而，若是涉及**獨資**組織時則有問題，參照高雄地方法院 105 年度鳳勞簡字第 9 號判決，原告 X 與 Y1 獨資經營之 Y2 商號訂立勞動契約，嗣後遭終止契約，援依勞動基準法第 17 條第 1 項請求 Y2 獨資商號給付資遣費，並於審理中變更

¹²⁶ 同旨，新竹地方法院 101 年度竹勞簡字第 15 號判決。

¹²⁷ 高等法院臺中分院 104 年度重上字第 96 號判決

¹²⁸ 沈冠伶，前揭註 38，頁 210-212。

被告為經營人 Y1：「獨資商號之人格乃基於獨資經營之自然人而來，如獨資商號未辦理商業登記，惟僅需該經營之自然人仍有權利能力，自仍應就其實際經營商號期間所生之權利義務關係負責，故原告前述變更應認符合民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定，請求之基礎事實同一者，核無不可」。雖然獨資商號與其負責人屬於不同主體，該判決依表示說所認為屬當事人變更，似乎沒有疑慮。惟本文認為，既然獨資商號因非屬法人或非法人團體而不具有當事人能力，故此處應屬起訴程式不合法的問題，法院應命原告為當事人補正，並非以當事人變更處理。

三、 死者與繼承人

被告死亡時點若是於「起訴後」，依照民訴法第 168 條為當然停止事由，應由繼承人等人承受訴訟（法定當事人變更）。然而若是於「起訴前」已死亡，原告是否得聲請變更被告為繼承人？實務上多採肯定意見，例如最高法院 102 年度台抗字第 589 號裁定（請求舊被告無權占有，應拆屋還地）：「原告自始即主張系爭土地遭 Y1 無權占用而請求其拆屋還地，後因查覺 Y1 早已死亡，始變更其繼承人即再抗告人 Y2、Y3 為被告……其變更、追加之訴與原訴屬同一受侵害之社會基礎事實，卷附之證據資料得相互援用，且無礙訴訟終結，符合民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、第 7 款規定。又原先列之被告 Y1 雖於起訴前死亡，惟於……裁定駁回起訴前，訴訟繫屬並未消滅，相對人非不得利用仍存在之訴訟程序為訴之變更及追加」。但是依照最高法院 87 年度台上字第 1006 號判決之見解，若對死者起訴應屬當事人能力之欠缺：「按承受訴訟，必當事人於訴訟繫屬中死亡者，始有其適用，如其在訴訟繫屬以前已經死亡，既無權利能力，其當事人能力即屬有欠缺，縱列其為當事人，其繼承人亦不得聲明承受訴訟」¹²⁹，於此即可發現最高法院見解的矛盾。

依照表示說，死者 Y1 與繼承人 Y2 屬於不同主體，似應依第 255 條為當事人變更之聲請。但本文認為此時應屬當事人能力欠缺的問題，而非當事人確定理論所應處理的範疇。又雖然最高法院 87 年度台上字第 1006 號判決認為繼承人

¹²⁹ 同旨參照，最高法院 91 台上字第 455 號判決。

不得聲明訴訟而似乎應裁定駁回，惟原告之所以起訴死者，多係因不可歸責於己之事由所導致。蓋原告雖得依戶籍法第 65 條¹³⁰本於利害關係人身分申請閱覽被告之戶籍資料，以判斷被告是否死亡。但依內政部臺內戶字第 0950185166 號所訂「申請戶籍謄本及閱覽戶籍登記資料處理原則」第二點第二款，原告須符合「訴訟繫屬中之兩造當事人」始得閱覽¹³¹。其既謂「訴訟繫屬中」，要言之，必然是原告起訴之後始得申請閱覽。更何況即使原告得以閱覽戶籍資料，亦非無可能死者之繼承人等尚未依戶籍法第 36 條¹³²辦理死亡登記，導致原告仍有所誤認。綜上述，對於原告起訴時得否確定被告死亡一事不宜過苛，因此法院不宜直接駁回，而須依民訴法第 249 條第 1 項第 6 款命原告補正。

第二項 日本法

第一款 學說見解

依照日本通說（修正複合行為說），變更被告亦是先將新被告以主觀追加合併的方式成立共同訴訟，再撤回對於舊被告之訴。特殊行為說則同樣係將變更被告視為一體性的訴訟行為。以此為前提，以下分別針對要件與效果，進行日本學說之分析。

一、要件

與原告變更相同，若非單純地誤解訴訟遂行權的歸屬，被告變更原則上必然伴隨著訴訟標的的變更。因此複合行為說此時亦要求於變更被告時，新舊二訴之間需有日本民訴法第 38 條的關聯性（或者更高度之關聯性），特殊行為說則要求

¹³⁰ 「I 本人或利害關係人得向戶政事務所申請閱覽戶籍資料或交付戶籍謄本；申請人不能親自申請時，得以書面委託他人為之。II 利害關係人依前項規定申請時，戶政事務所僅得提供有利害關係部分之戶籍資料或戶籍謄本。III 戶籍謄本之格式及利害關係人範圍，由中央主管機關定之。」

¹³¹ 一、戶籍謄本及閱覽戶籍登記資料之申請人：（一）當事人。（二）利害關係人。（三）受委託人。

二、第一點第二款所稱利害關係人，指與當事人具有下列各款情形之一者：（一）契約未履行或債務未清償。（二）同為公司行號之股東或合夥人，且為執行職務所必要。（三）訴訟繫屬中之兩造當事人。（四）當事人之配偶、直系血親、直系姻親或旁系三親等內之血親。（五）戶長與戶內人口。（六）其他確有法律上權利義務得喪變更之關係。

¹³² 「死亡登記，以配偶、親屬、戶長、同居人、經理殮葬之人、死亡者死亡時之房屋或土地管理人為申請人。」

緊密關聯（甚或無需有關聯）。不過，修正複合行為說論者有認為第 38 條的機能在於判斷得否為合併審理，並不必然適合被告變更的場合。蓋作為一客觀要件，其目的主要係為保護新被告受到與自己無關的訴訟牽連之利益，但從後述效果面來看，新被告之訴訟上地位不會因為變更而陷於更不利的狀態，故放寬要件與否亦非無討論餘地。若是著眼於變更被告時伴隨的訴之變更來看，雖然囿於兩造當事人並非同一，而無法完全適用訴之變更規定的第 143 條，或許仍可參考「請求基礎同一」概念，在符合「兩請求之主要爭點共通，可期待舊請求之訴訟資料、證據資料於審理新請求時利用，並且各請求之主張利益於社會生活上同一或相關聯¹³³」的情況下，允許被告之變更¹³⁴。

變更舊被告之在複合行為說下等同於對其撤回訴訟，依照日本民訴法第 261 條第 2 項，若舊被告已為應訴，則撤回需得其同意。至於特殊行為說，亦要求有舊被告同意。蓋對於舊被告而言，若是接受變更為新被告，無異於放棄獲得終局紛爭解決之機會，並且將承受再次受到原告追訴的風險。

然而，修正複合行為論者當中有認為，在變更被告中取得舊被告同意之必要性並非無檢討的餘地。蓋若在無法取得該舊被告同意時，原告將被迫採取追加新被告的方式以達成目的。惟從原告的角度來看，原告本有集中攻防於新被告的利益而僅選擇聲請變更被告，在此同時亦負有如何確定新被告確實有當事人適格的風險；而若是無法完全確定新被告具有適格另改採追加被告的手段時，又須考量能否在起訴的主張上維持一貫性。已然陷於如此困境的原告，倘又需憑藉舊被告同意與否決定始能否變更被告，似乎並不公平。因此在有關「撤回對舊被告之訴訟」的部分，雖然在筆錄外觀上係「聲請被告變更」的記載，實質上應具有類似「捨棄對舊被告之訴訟」的意涵。又正因捨棄屬於原告的單獨行為，舊被告同意的有無也不再重要。至於該捨棄之效力，依日本民訴法第 267 條¹³⁵，與確定判決有同一效力。故從而可保護舊被告免於事後再被追訴，終局地脫離。原告即使嗣後對於新被告的訴訟遭駁回，意圖主張先前所為之捨棄錯誤而無效時，也因為本

¹³³ 新堂幸司·前揭注(66)757頁。

¹³⁴ 上田竹志·前揭注(42)173頁以下。

¹³⁵ 「記載和解、捨棄請求或認諾於筆錄上時，該記載與判決有同一效力。」

屬其可得預測的情形而不應允許之（就此說下稱「捨棄說」）¹³⁶。

至於新被告的同意與否，應非必要要件。蓋由於任何人就「是否會成為被告」一事皆處於無法選擇的被動地位，因此僅藉由前述新舊訴之間的「關聯性」要求作為保護新被告被牽連至無關的訴訟之手段即足。在第二審之變更，因涉及審級利益，有力說雖然認為此時不得為變更，惟其他見解認為既然二審「追加」被告時得透過新被告同意而允許追加，不妨於二審「變更」被告時亦惟同樣處理¹³⁷。至於所謂的審級利益應實質判斷存否，而非僅就形式判斷。例如：第一審法院在無證據調查的情況下便作成駁回原告請求無理由的裁定；或者新被告對於舊訴訟有重大影響，且實體上新舊被告之責任財產可評價為同一時，因新被告已受有實質上的程序保障，故受變更前遂行程序之結果拘束¹³⁸。此二種情形皆被認為對於新被告而言並無應保護之審級利益，無須再行徵得其同意¹³⁹。

而在特殊行為說的邏輯下是否應有新被告同意始得變更，亦有爭議。肯定說以為，若新被告本即作為舊被告之訴訟代理人為言詞辯論者，逕自透過言詞辯論程序口頭向其請求即可。若非如此，則需另為訴狀之送達，並且於必要時應記載訴訟進行程度（德國民訴法第 73 條參照¹⁴⁰）。至於所謂的同意，與舊被告之同意相同，若有濫權之情事，縱使無同意亦得為變更¹⁴¹。否定說則認為，原則上無須新被告同意，例外在二審始聲請的被告變更則應有其同意¹⁴²。

二、 效果

（一） 複合行為說

就事實主張方面，原告通常在變更被告後亦將一併變更訴訟標的、請求原因而重新構成主張。因此重點便在於舊被告於舊訴所為的自白與提出攻防之遲延，

¹³⁶ 上田竹志·前揭注（42）174 頁。

¹³⁷ 上田竹志·前揭注（42）175 頁。

¹³⁸ 例如死者名義訴訟中的包括承繼情形、（除法人格否認之案例外）因團體或者代表人而誤認訴訟遂行權，但實質上不論訴訟遂行主體與權利歸屬主體皆無變更的情形。參見上田竹志·前揭注（80）177 頁。

¹³⁹ 上田竹志·前揭注（42）175 頁。

¹⁴⁰ 「I 訴之宣示應由一造遞交訴狀，該訴狀並應記載請求原因與法律狀態；II 訴狀應送達至第三人，且向對造為告知；III 訴之宣示應送達至第三人始生效力」

¹⁴¹ 福永有利·前揭注（39）537 頁以下。

¹⁴² 中野ほか·前揭注（40）624 頁。然氏並未進一步說明其根據何在。

是否會拘束新被告？學說以為，原則上應採否定見解。蓋對原告而言，拘束新被告當有其便利性，然而實已逾越變更當事人的制度旨趣。並且從複合行為說的法律架構來看，若是欲使舊訴訟狀態於新訴發生效用，本應由新被告主動援用之。惟新被告或有完全不援用的情形，為了平衡新被告主動援用範圍之不確定與被告變更制度之旨趣，倘若新被告與舊訴有所關聯，或者新被告對於特定被告有錯誤一事具有責任時，例外應受舊被告之自白等拘束。然而，此見解於個案中並非完全妥適¹⁴³。

例如，舊訴中原告 X 主張未成年舊被告 Y1 不法占有 X 所有之建物，基於侵權行為請求相當租金之損害賠償。然而應訴的 Y1 之法定代理人 Y2，基於系爭建物為 Y2 所有，雖與 X 成立租賃關係但令 Y1 占有。因此不爭執建物所有權歸屬，著重防禦於損害賠償額。X 在變更被告為 Y2 之新訴中，請求確認系爭建物之所有權。此時，Y2 雖與舊訴有關聯，然而新舊二訴為不同訴訟標的，得否直接作為拘束力的根據，容有疑問；又例如，X 雖對 Y1 公司起訴，實際上具被告適格者為甫變更公司名稱但未即時辦理正式登記的 Y2 公司。X 於 Y1 收受訴狀進行防禦後，始發覺誤認被告而聲請變更 Y2 為被告。固然 Y2 對於 X 誤認被告有所責任，但是從原告因此蒙受的不利益為「訴訟費用的無端浪費」與「實體權利實現的延遲」兩點來看，可能較適切的制裁應為調整訴訟費用負擔，與依誠信原則禁止新被告提出效抗辯，以及基於被告遲於辦理登記主張侵權行為請求權，而非一概以舊程序結果拘束之¹⁴⁴。反言之，適合以舊訴結果拘束的情況是如同前述討論新被告同意時所提及「新被告已受實質程序保障，且新舊被告之責任財產可被評價為同一」的情形。

此外，訴訟要件之審查亦因與新被告之關係而重啟。有關實體上的時效中斷，原則上應以變更被告時為起算基準。蓋若是變更時效中斷起算點，實已逾越變更被告係為原告便利的制度旨趣，因此應作為本案問題檢討之。有關訴狀之再作成與訴訟費用得類推日本民訴法第 9 條¹⁴⁵而無須重複為之；然而對於舊被告的訴訟

¹⁴³ 上田竹志·前揭注(42)176頁以下。

¹⁴⁴ 上田竹志·前揭注(42)176頁以下。

¹⁴⁵ 應指第 1 項：「一訴中為數個請求之場合，應合併計算各價額為訴訟目的之價額；但針對該訴中主張之利益針對各請求為共通時，不在此限。」

費用負擔則類推同法第 61 條¹⁴⁶，和捨棄請求相同，原則上應由原告負擔¹⁴⁷。

有關證據調查，原則上認為應可續用舊訴訟所為的調查結果。**不過在證人部分，學說則以為應使新被告有再訊問的機會**，故主張有類推適用日本民訴法第 152 條第 2 項¹⁴⁸之必要，此點正巧也呼應了原告變更部分所提及的新當事人之在場權保障。然而所謂「續用」，是否應由原告、新被告主動援用？若是貫徹純粹的複合行為說，因為已藉由主觀追加合併暫時的成立共同訴訟，因此無主動援用亦得作為裁判基礎；惟亦有有力說認為應主動援用。

應特別注意者在於，證據調查結果之續用與否，實與主張續用具有連動關係。若原告變更被告後，兩造皆未續用舊訴主張時，若未依各證據重新特定應證事實，對於新被告而言，未參與的證據調查結果在與應證事實無關的情況下，將作為辯論全旨趣成為判決基礎的一部分。特別是證人部分，縱使新被告在未特定應證事實之情況下難以再訊問，該特定往往是可能甚且必要之故，新被告將深陷前述的危險。要言之，若是兩造皆未援用，基於辯論主義第三命題「與新的應證事實無關的證據」應不得為判決基礎¹⁴⁹¹⁵⁰。

（二）特殊行為說

於檢討原告變更時，已就特殊行為說的效果根據說明，理由簡要來說可概略為「新當事人對於舊當事人所為的訴訟行為之追認」、「基於同一請求基礎而屬同一紛爭」，此點亦可作為被告變更的效果根據。

比較需要注意的是，**新被告若是拒絕追認訴訟遂行結果時應如何處理為恰？**

¹⁴⁶ 「訴訟費用由敗訴之當事人負擔。」

¹⁴⁷ 上田竹志·前揭注(42) 177 頁。

¹⁴⁸ 「法院於命不同當事人的事件為合併辯論之情形中，針對已為訊問之證人未有訊問機會之當事人聲請訊問時，應予訊問。」

¹⁴⁹ 上田竹志·前揭注(42) 175 頁以下。

¹⁵⁰ 在原告變更部分，少數說雖曾提及「原告變更應屬新原告的獨立參加」之見解。然該學說反而認為於被告的變更時，僅得以「新被告的輔助參加」作為解釋。原因在於日本法僅在第三人受被告訴訟標的移轉時始能為獨立參加，而在新舊被告之間，對於訴訟之結果亦存有利害關係。透過原告對於新被告的訴訟告知，便可使新被告生有輔助參加關係，參見高島義郎·前揭注(80) 46 頁以下。但是此說首先受質疑之處在於即便新被告受有訴訟告知，也可能本於處分權之選擇而不參加；又，即便成為舊被告之輔助參加人，不論是原告與舊被告的訴訟或對新被告的訴訟，被參加人已做成的訴訟行為皆不會及於輔助參加人。參見福永有利·前揭注(39) 548 頁以下。

若是新舊被告實質上為同一實體（例如民法上的合夥、設立中/後的公司）、於主體性上互有緊密關聯（例如法定代理人、輔助參加人、輔佐人）、實質上遂行訴訟者為同一人者，或者兩者在公法關係係屬上有一定的關聯性者。因為在場權已受有實質上的保護，應無需再行賦予爭執的機會。此外，依照誠信原則判斷個案之拒絕屬於權利濫用者，自無需考慮新被告的承認與否。除此之外，新被告對於拘束所表明之拒絕應皆屬正當¹⁵¹。

第二款 實務—分歧的變更事由

與原告變更相同，在被告變更的相關實務見解中亦難不發現以「當事人更正/補正」處理的蹤影。典型案例例如在大審院昭和 3（1928）年 8 月 8 日判決中，原告本欲向庵原郡長起訴，變更被告為國家（內務大臣）。法官所持的立場乃是因從「原告的請求原因記載」以及「第一審的辯論旨趣」來觀察，可以知道原告真正想要起訴的對象究為何人，故同意更正/補正被告。

同院昭和 11（1936）年 3 月 11 日判決則涉及到「死者訴訟」問題，原告對已死的舊被告起訴，雖於一審時依一造辯論判決勝訴，然而舊被告之繼承人乙認為，已死亡之人便無訴訟關係可言，根本地主張該敗訴判決無效。惟判決認為此僅屬單純地錯誤表示當事人，不能當然認為不存在實質上的訴訟關係，遂允許將被告改列為繼承人。

上級審中涉及當事人變更且被注目者，見最高裁昭和 48（1973）年 10 月 26 日第二小法廷判決：租賃契約相對人的 A 公司將名稱變更為 B 公司後，以原班人馬¹⁵²成立新的 A 公司。欲訴請履行契約義務的善意原告遂列公司 A 為原告，遭抗辯 A、B 之法人格並不相同。判決依法人格否認法理認為此應屬權利濫用，實質上為同一當事人。然學說對此也有認為，若是不承認此原則於當事人確定的適用，則屬於當事人變更的問題¹⁵³。

在此之外，下級審雖亦有跳脫當事人更正/補正的思維，但與原告之變更不

¹⁵¹ 鈴木重勝・前掲注（71）196 頁以下。

¹⁵² 董事長、監察人、本店所在地、營業所與員工、工作器材皆與舊的 A 公司相同。

¹⁵³ 堀野出（2015）「法人格の非同一性」・前掲注（58）・18 頁以下。

同，被告變更之判決中尚有針對當事人變更概念進行正面回應者。仙台地判昭和 28（1953）年 7 月 27 日判決（將舊被告之遺產繼承人變更為新被告之遺囑執行人）認為當事人變更原則上雖不適法，但本案已得「所有人同意」，且從「訴訟經濟」的角度來看變更當事人將有所助益，因此例外允許之；東京地判昭和 33（1958）年 9 月 3 日判決（第二審時將舊被告的公司代表人變更為新被告的公司）更以為當事人變更即為訴之變更，且除「請求基礎法律關係未變更」、「於訴訟經濟有所助益」之外，當事人全體更無異議之故，允許為變更，效果上則認為新被告完全地承繼舊被告的地位。此外考量其他因素針對個案情況判斷變更當事人與否的見解者，允許變更者例如「新舊當事人實質上同一¹⁵⁴」、「不生訴訟遲延」¹⁵⁵、「訴狀送達前所為變更¹⁵⁶」；不允許變更者則持「未盡充分調查所造成的濫訴¹⁵⁷」、「有害於已確定之當事人間的訴訟程序安定¹⁵⁸」為駁回理由。考量之因素繁雜，至今於實務上並未能夠達成共識。

第三項 兩國法比較

第一款 誤用當事人變更制度對原告之不利

在被告之變更中，不論我國或日本皆有關涉與當事人更正/補正之混淆。並且相較於原告之變更，誤用的程序不利益更為明顯，以下遂簡要分析之。

我國實務在〈分公司與總公司〉的案例中，本文已於前述認為似乎有誤用當事人變更制度以取代當事人更正/補正之嫌。由於分公司係為總公司之任意訴訟擔當，因此對於總公司而言，不論係被變更或者更正/補正為新被告，皆應本於其訴訟遂行權之授與承擔可能的程序不利益。然而對於原告而言，若是判斷新舊被告不具同一性而為當事人變更，必須耗費勞力時間費用判斷是否符合第 255 條第

¹⁵⁴ 仙台高判昭和 28（1953）年 7 月 27 日下民集 4 卷 7 号 1035 頁、大阪地判昭和 38（1963）年 7 月 18 日訟務月報 9 卷 1112 頁、東京高判昭和 29（1954）年 3 月 18 日高民集 7 卷 2 号 220 頁。

¹⁵⁵ 東京地判昭和 33（1958）年 9 月 3 日下民集 9 卷 9 号 1736 頁。

¹⁵⁶ 福岡地判昭和 34（1959）年 10 月 19 日下民集 10 卷 10 号 2199 頁。

¹⁵⁷ 大阪地判昭和 38（1963）年 3 月 7 日下民集 14 卷 3 号 362 頁、大阪地判昭和 42（1967）年 7 月 13 日判例タイムズ 213 号 169 頁。

¹⁵⁸ 東京地判昭和 33（1958）年 9 月 3 日下民集 9 卷 9 号 1736 頁、大阪地判昭和 42（1967）年 7 月 13 日。

1 項之事由的程序不利益將因此浮現。特別是在分行/總行之情形，兩者顯然為具有同一法人格之主體，然在實務見解下原告卻無法將被告變更為總行。

而在〈死者與繼承人〉的案例中，我國實務允許在法院未裁定駁回前變更繼承人為新被告，似乎是以採取表示說為前提的折衷處理方式。但是本文以為死亡之人既無當事人能力，則要無當事人變更之問題，而係當事人更正/補正的範疇。與此相對，日本實務就死者訴訟的處理方式則以不得因舊被告已死亡為由即當然認為並無實質上的訴訟關係存在，遂允許原告更正繼承人為新被告，背後則隱含了以意思說為此類案例的當事人確定理論。兩者相比，本文以為日本的處理方式較為可採，蓋按照我國實務的操作，原告或因不可歸責於己的資訊不充足而直接對死者起訴，若是法院逕行裁定駁回而不給予聲請變更之機會，則將蒙受無法實現實體權利之不利益。

最後為〈團體與團體代表人〉中，本文認為合夥團體之部分特別值得探討。在原告變更的案例中，法院因合夥團體無法取得不動產登記，而就原告改列為「全體」合夥人一事認為屬當事人補正，然而在被告變更案例，則認為將「個別」合夥人個人改列為合夥團體則係當事人變更。乍看之下似有區別處理之傾向，但本文認為並無問題。首先，本文贊同學說關於非法人團體之當事人能力，認為應放寬適用民訴法第 40 條第 3 項¹⁵⁹，而不宜如實務般嚴格認定有無符合「為多數人之組合，有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定目的及獨立財產者」¹⁶⁰。因此在認為某非法人團體具有當事人能力時，由團體構成員之一改列為原告或被告時，仍應依當事人變更，而非當事人更正/補正為處理手段。但是若是主張非法人團體之權利義務，卻因某些因素無法列團體本身為原告或被告時，例如合夥團體不能登記為不動產之所有人之情形，此時縱以當事人更正/補正處理改列當事人為團體構成員「全體」，亦因實際上可評價為同一之主體而要無違誤。

¹⁵⁹ 駱永家(1980)，〈合夥與當事人能力〉，《民事法研究 I》，頁 17，台北：三民；陳榮宗等(1990)，〈非法人團體之權利能力論〉，民事訴訟法研究基金會編，《民事訴訟法之研討(三)》，頁 179【邱聯恭發言】，台北：三民；沈冠伶，前揭註 38，頁 194-196。

¹⁶⁰ 最高法院 89 年度台上字第 869 號判決、88 年度台抗字第 299 號、88 年度台抗字第 194 號、85 年度台上字第 41 號判決、96 年度台上字第 471 號判決。



第二款 被告變更之要件

一、 原告之同意

基於處分權主義，原告應有聲請變更被告之意思，因此需有其同意始得為之。此點與原告變更相同，茲不再予贅述。

二、 舊被告之同意

(一) 舊被告未行言詞辯論

在舊被告尚未行言詞辯論前，原告聲請被告應無需舊被告之同意。觀察我國判決當中，多有舊被告不同意而基於其他之事由允許變更者，特別係第 2 款請求之基礎事實同一。我國雖有反對見解認為，若是得以該款取代被告同意，係對於請求基礎事實根本上的誤用，有混淆主體與客體訴之變更的疑慮；肯定見解則以第 255 條訴之變更規定亦包含當事人變更為據。

相較於此，如同原告之變更，日本法亦認為原則上被告同意與否並非變更被告之要件。按日本修正複合行為說之邏輯，向來皆以日本民訴法第 38 條共同訴訟規定為依據。但近期則有見解認為亦得以類推同法第 143 條請求基礎同一之規定為變更事由者。

本文以為，在舊被告行言詞辯論前，由於尚未對其產生應訴之不利益，故此時變更被告對於舊被告而言應無需徵得其同意。但是對於原告而言，若是允許其於起訴之後恣意地變更被告，對於司法資源而言並非毫無浪費，因此須以其他客觀要件限制之，此點留待四、新舊訴之關聯性討論。

(二) 舊被告已行言詞辯論

日本修正複合行為說與特殊行為說皆認為在舊被告已行言詞辯論後，應取得其同意始得為被告之變更（日本民訴法第 261 條第 2 項參照）。值得注意的是，修正複合行為說中有〈捨棄說〉主張為了避免聲請被告變更完全繫於舊被告之同意，即使舊被告已行言詞辯論後仍不需舊被告同意，以保障原告之處分權。與此相配套的則是以「捨棄」概念解釋原告聲請變更的效力，以完全杜絕嗣後再被訴的風險。雖然，捨棄與撤回皆是屬於單獨的意思表示，若對此說採取肯定態度，

其無要件限制的特性或許會流於原告恣意的危險，進而產生「舊被告自應訴迄至變更為止所付出的應訴成本以及司法資源的利用應如何評價」的疑問。本文試處該見解的立場，認為從程序法制度上認可訴訟捨棄此一觀點來看，似乎代表著程序法上浪費某程度的勞力、時間與費用顯然是個不可避的結果。又單就避免舊被告再度被起訴的風險有所控制的角度來看，比起撤回的效果（日本民訴法第 261 條第 2 項¹⁶¹參照），視作捨棄更可達成該機能。因此，既然對於舊被告而言既無更加不利，並且尚能充足保障原告處分權，作此解釋並無不妥。

雖然，我國民訴法第 255 條既未明文規定，則採取日本提出之〈捨棄說〉而將捨棄視為變更被告的效果之一，並非無解釋空間。且因捨棄需作成敗訴判決，得有效避免被告再次被訴的風險；另一方面因放寬變更被告之限制，原告得於被告未同意時變更被告，更能有效實現變更之意。惟此說似乎忽略了原告聲請變更時，或許含有「變更不合法時繼續為舊訴審判」之意。此時若仍解釋為捨棄，即與其本意不符，故是否確如論者所認充分保障原告之程序處分權，非無疑慮。

相對地，若是如我國向來見解，將被告之變更解釋為包含撤回舊訴之意（下稱〈撤回說〉），則必須自被告為言詞辯論前後判斷是否較於捨棄說更能兼顧兩造利益。若是被告未行言詞辯論，則與捨棄說相同，得在被告不同意變更之情形為變更。至於被告再次被起訴之風險一事，本文以為或許可以自原告再訴時以欠缺訴之利益而駁回避免之；若是被告已行言詞辯論，雖有論者以為無須同意即得為變更，然依照本文見解，若是被告已行言詞辯論為「原告」之變更時，縱使符合第 255 條第 1 項之事由，仍須有被告同意以維護其取得本案判決之期待利益。而「被告」之變更與原告之變更不同，舊被告將因該變更而完全脫離該紛爭之審理，從舉輕以明重的觀點來看，本文以為此見解於被告變更時亦有其適用，即被告此時的程序利益保護優先於紛爭一次解決，以避免舊被告於嗣後又蒙受應訴之繁累。若是此時被告不為同意，則仍須個案判斷原告聲請之意是否包含了變更不合法時即捨棄舊訴、改請求為被告之追加，甚或另提起一獨立新訴（此時更應注意有無合併辯論之必要，以避免裁判上矛盾）。要之，原告亦非不得透過追加、提起新

¹⁶¹ 「本案經終局判決後撤回者，不得就同一訴訟再行起訴。」但此與捨棄有些許差異，蓋第 262 條第 2 項的射程僅限於判決做成後，而變更當事人一事應多發生於訴訟繫屬時。

訴之方式解決與新被告之間的紛爭。而非當然如捨棄說一律認為原告係捨棄舊訴，得有效於個案中兼顧原告之本意。

因此結論上，本文採取撤回說，蓋其不僅亦可以避免被告再被起訴之風險，又得彈性地依照具體事案不同，使原告能夠繼續利用舊程序，與捨棄說相較下，更能兼顧兩造之利益。

三、 新被告之同意

相較於我國少數學說有認為，應可將第 255 條第 1 項第 1 款的「被告同意」解釋為包括「新被告」之同意¹⁶²，本文以為從被訴之人並無選擇是否被訴的觀點來看，若是尚需新被告之同意始得為被告之變更，無疑是對於原告在處分權上加諸法無明文的限制。然而若是為第二審之被告變更，則涉及審級利益保障之問題，容後於第五章、第二節、第二項時進行討論。

四、 新、舊訴之關聯性

延續前開三、之結論，誠然，新被告之變更不以取得新被告之同意為要，但文獻上認為變更當事人於客觀上需另外有「利用原訴訟程序之程序利益」¹⁶³。對此本文亦贊同之，蓋被告變更對於新被告而言，並非單純地被提起一新訴，而包括了舊訴訟狀態的利用延續。若未設定該要件，新被告將被牽涉至毫無關聯之訴訟當中。因此相較於原告之變更，新、舊訴之關聯性之要件於被告之變更中更為重要。

就此點而言，由於日本修正複合行為說的當事人變更涉及共同訴訟之成立，因此相關文獻原則上多以日本民訴法第 38 條普通共同訴訟規定，作為設定客觀要件之基準。乍見下「請求基礎」似乎並非判斷變更當事人的重要因素，惟除了部分實務將「請求基礎未變更」的要素列入變更當事人之要件外，近年修正複合行為說論者更主張「前後二訴關係不應自第 38 條該當有無判斷，而或可放寬至請求基礎未變更」，兩者的見解相為呼應。此現象除了可以理解為紛爭解決機能

¹⁶² 呂太郎，前揭註 1，頁 399。

¹⁶³ 沈冠伶，前揭註 19，頁 259。

之擴大外，亦表示實定法上訴之變更與任意當事人變更之間界線的模糊。正因變更訴訟之主體時，客體變更亦往往相伴而來，那麼日本法上迄今執意限縮第 143 條於單純的客觀訴之變更，恐怕有再次檢討的必要。附帶一提，採取此見解的同時，亦連動著放寬原告變更的客觀要件的問題。惟從本章第一節第二項可知有關原告變更的案例數量並不多，故討論實益或許不大。

於我國的判決當中，則可以明顯發現相當多以第 255 條第 1 項第 2 款作為變更依據的見解，並且即便未得舊被告同意，亦可僅依此款為當事人變更。本文以為，部分學說否定得以此款取代舊被告同意的見解不可採。蓋若是將請求基礎事實同一排除於變更當事人事由之外，當事人變更的聲請事由將僅剩第 1 款（被告同意）、第 4 款（情事變更）、第 7 款（不甚礙被告防禦及訴訟終結），**射程範圍縮小的同時也有弱化當事人變更制度的風險，對於新法欲充實第 255 條紛爭解決一次性的目的而言，並不妥適**。更何況本文主張新訴應有「利用原訴訟程序之程序利益」以作為保護新被告之要件，因此允許適用第 2 款為被告之變更，更具有具體化所謂「利用原訴訟程序之程序利益」之機能。蓋請求基礎事實為同一時，因其所提出的事證亦有高度重疊，實際上已然包攝了利用原訴訟程序實益性的判斷。而於第 2 款之外，第 4 款、第 7 款亦可單獨作為變更被告之依據¹⁶⁴。

第三款 被告變更之效果

理論上，若是新被告同意該被告之變更，如同原告之變更一般，亦應分別就「同意變更」與「同意使用舊訴訟狀態」為判斷，並且由法院給予適時的闡明。但是，既然新被告之同意並非作為被告變更的必要要件，在欠缺新被告同意為變更時，應如何對於舊訴訟狀態之拘束上給予程序保障，則是被告變更的一大問題。因其與原告變更時相比，並無與新原告同樣地具有事前衡量程序利益之機會，那麼吾人應如何在欠缺被告同意之前提下合理化舊訴訟狀態續用於新訴的結果？

在我國法訴之變更說的架構下，論者認為除了被告就舊訴之訴訟效果為整體

¹⁶⁴ 實務上單以第 7 款為變更被告之依據者，可參臺北地方法院 88 年度訴字第 1503 號判決。

性的同意外，若已參與舊訴並有決定性影響，或者舊訴之既判力將擴張於新被告時，得以作為拘束新被告之基礎。另外學說則以被告的聽審請求權為基礎，以保障新被告對舊訴訴訟狀態有爭執的機會。或者，在舊訴結果對新被告並無不利時即得拘束。總的而論，諸說皆承認得事先援用舊訴之訴訟狀態，並於事後予以新當事人爭執之機會。

在日本法上，雖然論理過程不盡相同，為了使舊訴訴訟狀態合理的於新訴發生效果，在修正複合行為說下「新被告拒絕援用舊訴訴訟狀態」與特殊行為說下「新被告拒絕受舊訴訴訟狀態拘束」時，新被告皆得於符合一定條件下不受拘束。例如修正複合行為說所指的新被告已受實質程序保障且責任財產評價為同一。而特殊行為說所指的實質上參與舊訴、與舊被告有緊密關聯、實際遂行訴訟為同一人等亦對「受實質程序保障」之內涵有具體化的作用。

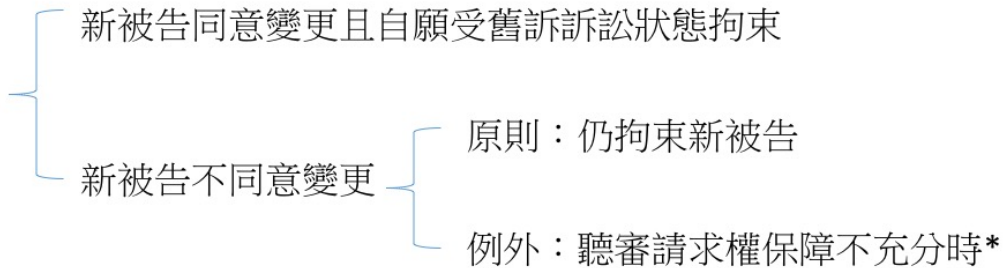
本文認為，新被告受舊訴訴訟狀態拘束之正當性可以區分新被告是否同意受舊訴訟狀態拘束討論之。若是新被告同意變更，則與前述原告之變更相同，法院應適時對新被告告知舊訴的歷次書狀證據、陳述，並且闡明其受同意拘束之效果，以避免對其造成事實認定上的突襲；但若是新被告不同意變更，則應可參考我國文獻上所主張以聽審請求權作為上位法理，在新被告已有實質參與舊訴（包括已被賦予參與機會而未參與者）時，即得作為拘束新被告之正當依據。因此本文即以為，學說所稱「舊訴既判力將擴張於新被告」時即可將舊訴訴訟狀態拘束新被告¹⁶⁵，即未考量到新被告是否於舊訴中被訴訟告知或職權通知能夠參與訴訟的情形；反之，若是未能有實質參與舊訴之機會，則應於新訴中賦予新被告爭執就訴訴訟狀態的機會。為方便理解，本文以下列〈表二〉為簡要結論¹⁶⁶：

¹⁶⁵ Roth, Gewillkürte Parteiwechsel und Bindung an Prozeßlage, NJW 1988, S.2980; Foerste, Kommentar zur ZPO (Musielak Hrsg.), §263 Rn. 18. 轉引自劉明生，前揭註 17，頁 201。

¹⁶⁶ 若是新被告同意變更之情形，其同意內涵亦應包含「同意變更」與「同意使用舊訴訴訟狀態」，並且後者應以法院充分告知歷次書狀與證據與拘束之效果。併參照〈表一〉。



舊訴訴訟狀態拘束新被告？



*有實質參與舊訴之機會者，即可認為已受充分之程序保障。如實際遂行訴訟為同一人者、新舊被告具緊密關聯者、新被告為舊訴訴訟判決效力所及且被通知參與訴訟。在此之外之情形，應使新被告得針對舊訴訴訟狀態為爭執。

有關變更被告的實體上效力，特別是起訴所生的時效中斷、除斥期間遵守之效力，以新被告參與訴訟時起算一事，從被告防禦與法安定性的觀點來看確實有其根據。然而我國法既尚未全盤採取律師強制主義，因此若是在誤認被告一事顯不可歸責於原告之情形中，仍當然認為該效力不及於新被告，對於原告而言似乎並不公平。學說也曾指出，時效中斷與除斥期間之制度主要目的在於保護被告(時間過久造成的種種防禦不利、義務清算的合理期待、法安定性之維護等)，但是下開情形下，基於兩造之衡平、公平，似乎無保護被告之必要。例如：在新、舊被告之間利害關係相同或者活動密切之情形(例如〈團體與團體代表人〉的類型)，舊被告被訴時即告知被訴事實予新被告，使其有準備訴訟資料而不受突襲之情形，此時溯及起訴效力並不導致訴訟準備不及。又或者新、舊被告具有強烈經濟上利害或人的關係時，舊被告明知原告誤列其為被告，卻故意偽裝成正當被告遂行訴訟，待時效期間屆滿或除斥期間經過時始為抗辯。雖然新被告雖未於舊訴被起訴，在知悉舊訴起訴事實的情況下，應可認為有共通可歸責之情形，而無法一概論為起訴效力未於舊訴時及於新被告¹⁶⁷。

本文亦贊同在上述情形中，並無法當然認為舊訴起訴所生的時效中斷與遵守

¹⁶⁷ 陳榮宗等(1997)，前揭註20，頁222【許士宦發言】。

除斥期間之效力不能對新當事人發生效力。但若一律認為新被告即當然受起訴之效力所拘束，從新被告的防禦來看亦屬過苛，甚導致原告未盡其特定被告之責任而有濫訴可能。因此宜認為，**為維持實體上秩序與程序法的相容，新被告並不受舊訴起訴之效力所拘束**，故原則上新被告仍得抗辯起訴罹於消滅時效或未遵守除斥期間；然而若是個案中原告已盡特定被告之責任，但卻因為新、舊被告故意使原告誤認正當被告，或者新被告已有實質參與舊訴時，應可認為新被告提出消滅時效或除斥期間之抗辯係違反誠信原則而屬權利濫用，不得允許之。



第四章 合一確定之當事人追加

於訴訟繫屬中追加新當事人後，該訴訟將成為共同訴訟。一般認為，共同訴訟可區分適用民訴法第 56 條訴訟標的應合一確定的「必要共同訴訟」與第 55 條的「普通共同訴訟」。前者尚可再分為必須共同起訴、被訴的「固有必要共同訴訟」，與不必要為訴訟共同之「類似必要共同訴訟」¹。此「共同訴訟三分法」係為我國、德國與日本法上所普遍認知劃分共同訴訟類型之架構²。又自文義以觀，我國第 255 條並未明文禁止「非」必要共同訴訟人的追加，並且民訴法第 255 條第 1 項第 5 款與第 56 條第 1 項規定如出一轍，皆於法條上規範了「訴訟標的應合一確定」。因此，一旦依該條第 5 款追加新當事人成立共同訴訟後，法院於審理時仍應適用第 56 條必要共同訴訟之規定。本章除簡要整理向來對於訴訟標的合一確定概念之相關爭執，並且以此類型差異為前提，進一步探討各類共同訴訟在追加原告時，其要件、效果論上有無任何差異等問題。

第一節 起訴時之合一確定必要性概念³

如同前述，「訴訟標的應合一確定」概念規定於民訴法第 56 條，而於我國共同訴訟類型之劃分中扮演了極重要的角色，且在第 255 條第 1 項第 5 款亦有相同規定。因此，必須先就「起訴時」必要共同訴訟之合一確定概念予以釐清，並在此基礎上，進一步為訴訟繫屬中追加當事人之分析。

第一項 合一確定必要之概述

民訴法第 56 條向來被認為係針對必要共同訴訟之規範，惟我國相關文獻業已指出，第 56 條乃一不完全的條文。蓋第 56 條第 1 項僅就「裁判結果應合一確

¹ 邱聯恭講述、許士宦筆記（2017），《口述民事訴訟法講義（二）2017 筆記版》，頁 264，台北：自刊。

² 陳冠中（2017），《民事訴訟法上共同訴訟人間之合一確定》，頁 3，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

³ 本文因將論述重點置於請求基礎事實同一，故有關起訴時之合一確定概念，詳參前揭註 2。

定時之法律效果」規範，但是，就關於應如何說明「合一確定之內容」，且「法院應如何審判」一事⁴，且「合一確定之必要性在何時、對何種類型之共同訴訟存在」，兩者皆未於第 56 條上進一步說明⁵。



第一款 合一確定作為一法律效果

我國之必要共同訴訟，與德國法通說相同，乃為一複數訴訟合併構造（Prozessmehreheit）。因此全體共同訴訟人並非被視為單一的訴訟當事人，而係複數訴訟進行之程序。在通常共同訴訟當中，依照共同訴訟人獨立原則，共同訴訟人有各自獨立為訴訟行為之權能，且他造對共同訴訟人中一人之行為與關於其一人所生之事項，原則上其利害不及於他共同訴訟人。不過此原則在自由心證主義下，為追求事實真相，仍有主張共通原則與證據共通原則作為緩和之例外。而必要共同訴訟型態，因其具有統一解決紛爭的強烈需求時，而以合一確定概念對於共同訴訟人獨立原則為強烈修正⁶。多數見解認為，第 56 條所稱合一確定係指「就訴訟標的之判斷，對於共同訴訟之各人必須以一致內容而確定，並且法院須以同一判決書為之，不得對於共同訴訟人為不同判斷」⁷，亦即在裁判內容與裁判時間上應具有合一性。實務見解則可自最高法院 18 年度上字第 848 號判例、同院 22 年度上字第 729 號判例與 32 年度上字 2723 號判例觀察，雖然未正面回應合一確定內容，但可得知其所認合一確定為「法律上」合一確定，並且在法律上應對各共同訴訟人為一致判決⁸。

而不論我國或者德國、日本法，咸認「合一確定」為固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟之共通要素，兩者僅於合一確定「必要性」之判斷上有別。文獻上並指陳，合一確定乃係必要共同訴訟要求法院「不得為歧異裁判，而應於裁判內容、時間上合一」之共通法律效果⁹。

⁴ 呂太郎（2009），〈試探主參加訴訟之真相〉，氏著，《民事訴訟之基本理論（一）》，頁 85-86
⁵ 陳冠中，前揭註 2，頁 77。

⁶ 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 268-277；287-288。

⁷ 呂太郎（2016），《民事訴訟法》，頁 119 以下，台北：元照。

⁸ 高金枝（1999），《民事訴訟中必要共同訴訟之研究》，頁 43-44，台北：司法院秘書處。陳冠中，前揭註 2，頁 94。

⁹ 陳冠中，前揭註 2，頁 114。



第二款 合一確定必要性理論

針對第二點問題所指涉的合一確定必要性，學理上約可概略為三說。

首先，論理上合一確定理論係著重於避免判決內容於論理（邏輯）上造成歧異。蓋判決除了訴訟標的之外，亦對於判決所涉的實體法事項為確認。是故法院除了應注意使當事人實現主觀權利外，更應相對地追求客觀權利真實性，以透過判決實現正義。要言之，本說係致力於兩判決針對同一事項之確認結果互相否定或內容並不相容的論理上不一致情形¹⁰。

法律上（訴訟法上）合一確定理論則主張，雖然訴訟制度之目的亦包含追求基於通念、感情或認知而於理論、情理上一致判斷，但其必要性尚未達到得據以限制當事人自由、獨立實施訴訟之權利的程度¹¹。要之，必要共同訴訟不單依邏輯上原因成立，而須立基於法律上原因。此說並認為，所謂法律上原因尚可區分為「訴訟法上原因」（若分別進行裁判，前訴之既判力將全面或片面擴張於後訴）與「實體法上原因」（共同權利義務人共享訴訟實施權）¹²。

另有文獻指出，晚近德國法尚提出所謂聽審權保護理論。其認為不應如法律上合一確定理論般，將裁判結果合一確定視為必要共同訴訟之目的，而應著重於「在必要共同訴訟人彼此不一致的行為中形塑共同秩序」，亦即以「積極之共同訴訟人行為」作為共同訴訟人間行為不一致時的依歸。該說有意忽略必要共同訴訟與普通共同訴訟之界線劃分，而認為應重視如何避免某一共同訴訟被認定為普通共同訴訟而採取共同訴訟人獨立原則時，侵害積極共同訴訟人之聽審請求權之情形發生¹³。

我國法上傳統學說係採取法律上（訴訟法上）合一確定理論，晚近學者或有主張先由實體法上主張之權利、法律關係一致或同一與否，導出訴訟標的具有一致性或同一性時始確定合一確定之必要性者；或認為得以實體法上紛爭解決需

¹⁰ 陳冠中，前揭註 2，頁 122。

¹¹ 呂太郎，前揭註，頁 87。

¹² 陳冠中，前揭註 2，頁 125 以下。氏更指出該理論於德國文獻尚有「實體法上」合一確定理論，頁 128 以下。

¹³ 陳冠中，前揭註 2，頁 131。氏並採取此說為合一確定理論基礎。

求擴大合一確定範圍，而不必拘泥於傳統上類似必要共同訴訟與普通共同訴訟之分界；或有以為實體法上合一確定亦包含合一確定必要者；或以擴大訴訟紛爭解決制度為基礎將合一確定範圍擴張之判決效力互不擴張之情形。至於實務原則上雖亦採法律上合一確定理論，例如最高法院 22 年度上字 729 號判例認為合一確定係指「法律上（不含理論上）須合一確定，並且共同訴訟人分別訴訟所得的確定判決有無互相抵觸可能」¹⁴。但例外擴大合一確定必要性之範圍，認為縱使原告對共同被告各自主張之訴訟標的不一，「但對其一之訴訟標的為對全體之訴訟標的之共同基礎」，且「共同被告於實體法上有共通事項應一致判斷」時，應可與法律上合一確定必要同視（最高法院 98 年度台上字第 1283 號判決參照）¹⁵。

第二項 各類共同訴訟之合一確定必要

第一款 固有必要共同訴訟

固有必要共同訴訟向來係指多數當事人有無一同起訴/被訴之必要者（當事人適格問題），然究竟何時應為一同起訴或被訴，於學理上容有爭執。

實體法說認為，在訴訟標的之法律關係之管理處分權須由數人共同行使，或者變動他人間法律關係之訴訟之兩種情形時，方有共同起訴或被訴之要¹⁶。**訴訟政策說**係自訴訟法上標準判斷，如是否具統一解決紛爭之必要性、當事人間之利害關係為何、訴訟程序之進行狀況、訴訟標的之權利義務是否不適合單獨處分者¹⁷。**紛爭管理權說**則著重環境訴訟、消費者訴訟等紛爭上，若非全體而係以數人或團體代表多數人利益起訴時，因仍就集團利益具有管理處分權。若為數人起訴時，應共同行使管理處分權而屬固有必要共同訴訟¹⁸。**利害關係衡量說**以實體法上地位為主要標準，並輔以參酌訴訟法上因素。亦即衡量當事人於實體法上所享之重大利益，與訴訟進行結果可能涉及之利益重要性，避免如同訴訟政策說一般，過度擴大固有必要共同訴訟之範圍¹⁹。

¹⁴ 同旨：28 上字 2199 號判例、32 上字 2723 號判例。

¹⁵ 以上整理摘自陳冠中，前揭註 2，頁 138 以下。

¹⁶ 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 288-293。

¹⁷ 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 293-296。

¹⁸ 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 296-297。

¹⁹ 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 297 以下。氏並未就該說取命名，故所謂利害關

於眾說當中，可見固有必要共訴訟之當事人適格依據至今仍多所爭議。論者指出，當事人適格概念乃是於實體法與程序法分離後，「為免群眾訴訟及劃定應賦予聽審請求權保障之範圍而被創設」²⁰。因此向來過度拘泥於滿足當事人適格要求，亦迭生僵化適用造成原告起訴困難甚無法實現其實體法上權利之情形，而導向於固有必要共同訴訟當事人適格必要性的緩和傾向，我國法上例如最高法院31年11月19日民刑庭會議決議、第56條之1的增訂、民法修正第828條第2項準用第821條等²¹。並且於新法導入職權通知等制度後，關於固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟之間的界線其實已有模糊傾向（**必要共同訴訟類型之相對化流動論**）²²，是故若能終局性統一解決爭議，究竟該將共同訴訟歸類於固有或類似必要共同訴訟已非首要之事。

第二款 類似必要共同訴訟

類似必要共同訴訟與固有必要共同訴訟不同，於學理上並未有一較為明確統一的定義。多數說認為，類似必要共同訴訟人各自對訴訟標的之法律關係有獨立實施訴訟之權能，雖得各自作為起訴或被訴之適格當事人，然若**共同起訴或被訴時，訴訟標的即應對於全體合一確定**，不得為不同之判決²³；相對於此，最高法院28年度渝上字第2199號判例認為，若「數人在法律上各有獨立實施訴訟之權能，而其中一人起訴或一人被訴時，**所受之本案判決依法律之規定對於他人亦有效力者**，如該他人為共同訴訟人，即為類似必要共同訴訟」，雖然亦承認類似必要共同訴訟人各自之獨立實施訴訟權能，但更進一步將多數說所稱「合一確定」限縮於判決之主觀效力將「依法律規定」擴張於他人者²⁴；但文獻上則有將上述

係衡量說之名取自陳冠中，前揭註2，頁199。

²⁰ 陳冠中，前揭註2，頁249。

²¹ 詳參後述第二節·第二款·一·（一）。

²² 邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註1，頁316-320。

²³ 呂太郎，前揭註7，頁119；陳計男（2014），《民事訴訟法論（上）》，頁181，修訂六版，台北：三民；陳榮宗、林慶苗（2013），《民事訴訟法（上）》頁200，修訂八版，台北：三民。魏大曉（2015），《民事訴訟法》，頁74，台北：三民。

²⁴ 吳明軒（2016），《民事訴訟法（中）》，頁787，修訂十一版，台北：三民；雖提出該概念，然認為有擴大解釋類似必要共同訴訟者，邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註1，頁306-307；許士宦（2016），〈民事訴訟法（上）〉，頁449，台北：新學林。惟此說尚被質疑，所謂「一同起訴時，法律關係對各人應合一確定」並無法當然推論至「其中一人起訴或被訴時，判決效力及於他人」。參見黃國昌（2010），《民事訴訟法教室I》，2版，頁274-275，台北：三民；

二說皆納入類似必要共同訴訟範圍者²⁵；少數說則以為類似必要共同訴訟係指訴訟標的對數人必須合一確定，縱使法律未規定必須共同或者得單獨訴訟，各人仍皆有獨立之訴訟實施權能，而若單獨訴訟，依必須合一確定法理，該人所受本案判決之確定力及於為訴訟之他人。反之若共同訴訟，共同訴訟人之地位即與固有必要共同訴訟人相同²⁶。此說與上開諸說之不同處在於，所謂獨立的訴訟實施權能，不以法律上規定為限。且不得僅以法律規定確定判決之效力及於第三人，就該第三人為共同訴訟人時，即謂屬類似必要共同訴訟，而另需依照必須合一確定之法理擴張。

第三款 普通共同訴訟

於我國、日本與德國法上，多數見解咸認共同訴訟人無須一同起訴或被訴，或者彼此間無判決效力擴張情形者（訴訟標的無需合一確定），僅屬普通共同訴訟而適用共同訴訟人獨立原則²⁷。要之，普通共同訴訟似乎在法律效果上，即與合一確定無緣。

不過，學說曾有提出各種類似必要共同訴訟擴大論，其認為在普通共同訴訟與類似必要共同訴訟之間存有灰色地帶，（例如連帶債務人與主債務人間）若是逕將非屬必要共同訴訟類型者直接劃歸於普通共同訴訟而適用第 55 條，並無法充分反映出該訴訟類型之特質²⁸。要言之，縱然普通共同訴訟之訴訟標的於數人間相異，若是踐行爭點整理程序特定具體個案中之共通爭點認有合一確定必要——即「對該共同法律關係存否判斷上具有重要性事實上、證據上及法律上爭點」²⁹（例如連帶債務中主債務存在），該共同爭點並非一概依第 55 或 56 條決定合一確定與否，而須就事實、證據分別適用主張、證據共通原則與第 278 條之規定處理，甚或類推第 56 條決定其審理方式³⁰。

姜世明（2016），《民事訴訟法（上）》，5 版，頁 240，台北：新學林。

²⁵ 王甲乙、鄭健才、楊建華（2003），《民事訴訟法新論》，頁 325，台北：三民。

²⁶ 姚瑞光（2012），《民事訴訟法論》，頁 137，台北：自刊。

²⁷ 陳冠中，前揭註 2，頁 305。

²⁸ 以實體法上觀點判斷應合一確定者，以訴訟法觀點認為必須擴大訴訟制度解決紛爭功能論、準必要共同訴訟理論。詳參邱聯恭講述、許士宦筆記，前揭註 1，頁 308-311。

²⁹ 陳冠中，前揭註 2，頁 353。

³⁰ 陳冠中，前揭註 2，頁 373。



第三項 追加時合一確定必要之再探

自上述觀之，應可認為在第 56 條第 1 項「合一確定必要性」概念於各類共同訴訟中仍有模糊不清的情況下，第 255 條第 1 項第 5 款的適用範圍似乎也隨之不確定。此外，2000 年新法雖增設同條項第 2 款請求之基礎事實同一作為允許訴之變更追加的事由，然其既未要求訴訟標的上應合一確定，文義上更與民訴法第 53 條不一致，似不符任一類型的共同訴訟之要件。文獻上遂有質疑，若是依第 53 條無法提起共同訴訟者，反可依第 255 條各款達到成立共同訴訟之目的，對於第 53 條之立法意旨無疑是一大損害³¹。特別是在符合第 255 條第 1 項第 2 款之「請求基礎事實同一」的情形，學說上雖有諸多見解，但由於第 53 條第 2 款所要求之「本於同一事實上及法律上原因」，其要件為「除事實上原因外，亦要求法律上原因相同」，故若請求基礎事實同一與第 53 條為不同之解釋，等同於修正了第 53 條的要件，對共同訴訟制度之影響，不可不予以正視³²。雖然學者回應第 53 條係為保護被告所設，因此即便原告提起之共同訴訟不符合該條要件，在被告未異議之情形下亦可謂其合法³³。然而若是在被告有異議之情形，究竟應認為不符合第 53 條駁回該追加，或者依第 255 條之規定允許追加？要之，僅以此點理由並無法根本性解決兩條規定之間的矛盾。另有學者認為**第 255 條為第 53 條之特別規定**，故縱使未符合第 53 條，因該要件屬責問事項，在符合第 255 條之情形下亦非不得於被告未異議時追加為共同訴訟，然個案中法院仍須注意有無影響被告防禦或訴訟延滯之情形；相對地，若是被告有所異議，此時應認為僅有在欠缺追加之要件時，駁回該追加，而以另一程序處理或審判新訴³⁴。要言之，縱使當事人之追加未符合第 53 條之要件，若是被告對於該追加並無異議，法院不得職權介入而認為追加無效，以尊重兩造程序上利益並發揮合併審判制度之機能。

³¹ 范光群等（1990），〈訴之變更追加之研究〉，《民事訴訟法之研討（三）》，頁 541【范光群報告】，台北：元照。

³² 王欽彥（2009），〈當事人之變更追加與訴之變更追加〉，《台灣法學雜誌》，142 期，頁 9。

³³ 范光群等，前揭註 31，頁 556-557【楊建華發言】。

³⁴ 范光群等，前揭註 31，頁 585【邱聯恭會後補註】。然認為該說欠缺正當依據者，王欽彥，前揭註 32，頁 9。

對此，本文贊同前述**特別規定**之見解，蓋第 53 條雖係共同訴訟之成立的一般性規範，然第 255 條第 1 項第 2 款更處理了**程序動態面**的問題，當事人將隨著審理過程中所顯現的各種訴訟資料，進而判斷有無聲請訴之追加的必要，以謀求整體性擴大訴訟制度紛爭解決之機能。相較之下，**應可認為第 53 條僅考量到程序靜態面的問題**，而得將第 255 條視作特別規定。而在追加當事人不符合第 53 條各款要件之情形，仍應由被告之責問發動法院調查，要無學說所認以第 255 條第 1 項第 2 款架空第 53 條之問題。

基於上開認識，本文認為一般而言，第 2 款得於被告未異議下為共同訴訟人追加之依據，但其是否於能有效地解決合一確定必要性的爭議，抑或導致更複雜的局面，亦為本章之重點。

第二節 原告追加

第一項 台灣法

第一款 學說見解

一、要件

我國學者有主張原告追加不得適用第 255 條，因此參考德國法展開要件之解釋論。首先，由於法院本來即可主動為合併辯論之裁定（Verbindungsbeschluss），故舊原告之同意遂不在必要的範疇內；此外舊原告對被告之訴亦不會隨追加而撤回，並且諸人必當預見被起訴的可能性，因此亦毋須被告同意。要言之，僅需得新原告之同意。除此之外，尚需要具備共同訴訟之要件，並且同時新訴應有助於訴訟事件之解決³⁵。

而主張第 255 條可一般性適用於當事人變更追加者，認為在追加當事人之訴訟標的必須合一確定時，適用第 255 條第 1 項第 5 款；無需合一確定者，則依照其他款項判斷得否為追加。至於前者「訴訟標的對於數人必須合一確定」適用的

³⁵ 劉明生（2011），〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三二號裁定〉，《月旦法學雜誌》，191 期，頁 202。有關德國法其他介紹，參照沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，《程序保障與當事人》，頁 273 以下，台北：元照。

射程範圍則有爭議，要言之，**第 5 款是否包含原告的類似必要共同訴訟的追加？**文獻上否定見解認為應限於固有必要共同訴訟人之追加，然其並未明確表示理由，僅言明此款之機能係限縮於「避免原告因當事人不適格遭到駁回」³⁶。

相對地，**肯定論者**則基於下列論述作為理由。首先，類似必要共同訴訟固然在當事人適格上沒有較嚴格的要求，不過既然判決效力會及於該第三人，則從**程序保障**角度來看，利用第 67 條之 1 職權通知後，遂能使其決定是否要以當事人身份參與訴訟（第 67 條之 1 立法理由亦有言明）；況且，既然訴訟標的應合一確定，即便追加該第三人作為當事人，**也不會導致訴訟範圍的擴大**，甚或影響被告防禦與訴訟終結，更得避免第三人未參與程序另又提出第三人撤銷訴訟，**有助於促進訴訟紛爭解決功能與避免裁判牴觸**；此外，從文義與體系解釋來看，第 56 條第 1 項指涉之合一確定既包含固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟，若是在**訴訟繫屬中追加層面上限縮**，並沒有充分的合理性。是故採取肯定論較能符合 56 條第 1 項所指涉的範圍³⁷。

至於**類似必要共同訴訟之追加是否應獲得被追加新原告之同意**，則涉及民事訴訟法於 2003 年所增訂第 56 條之 1 之射程範圍。該條規定，訴訟標的必須合一確定而應共同起訴者，若原告拒絕一同起訴，法院得依聲請裁定追加原告，若逾期末追加者，視為一同起訴。雖然，我國實務否定第 56 條之 1 於類似必要共同訴訟的適用³⁸，文獻上亦有認為在民法第 828 條修正後，強制原告起訴之機制或將有式微可能³⁹。惟學說持**肯定論者**則基於「**訴訟費用負擔**」的觀點認為，即便是類似必要共同訴訟（如：依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條單獨起訴的公同共有人），亦可透過第 56 條之 1，要求法院為拒絕成為原告者之追加，以符合程序利益保護原則⁴⁰。退步言之，為避免無法統一解決紛爭之可能，至少也應當依

³⁶ 楊建華原著，鄭傑夫增訂（2009），《民事訴訟法要論》，頁 261，台北：自刊；陳榮宗、林慶苗，前揭註 23，頁 361。

³⁷ 整理自下列文獻：沈冠伶，前揭註 35，頁 264 以下。氏更提出提出第 4 點理由，惟係涉及第二審之追加部分，故留待第五章、第二節說明；其他認為第 5 款即係指涉第 56 條必要共同訴訟者，姚瑞光，前揭註 26，頁 434-435；陳計男，前揭註 23，頁 255；吳明軒，前揭註 24，頁 838；呂太郎，前揭註 7，頁 402。

³⁸ 參照第四章·第二節·第一項·第二款。

³⁹ 黃國昌（2009），〈論命拒絕共同起訴人強制追加為原告之程序機制：由實證觀點出發之考察與分析〉，《台大法學論叢》，38 卷 4 期，頁 91 以下。

⁴⁰ 邱聯恭（2012），〈「程序主體」概念相對化理論之形成及今後（下）〉，《月旦法學雜誌》，202

第 67 條之 1 職權通知共同共有人參與訴訟，藉由事前程序保障賦予判決效力拘束之正當基礎⁴¹。簡言之，固有必要共同訴訟之原告在具備第 56 條之 1 規定的前提下，縱使新原告拒絕加入訴訟，也得以藉由舊原告的聲請，裁定命追加為原告，逾期未追加則視為已一同起訴；若無合一確定必要之情形，自當有新原告同意之必要。然而中間類型即有合一確定必要而不必一同起訴的類似必要共同訴訟，則有適用第 56 條之 1 的可能，進而限制新原告的同意權。

至於普通共同訴訟人之追加，縱使訴訟標的無合一確定必要，學說認為仍可能透過個案判斷是否符合同條項第 2 款「請求之基礎事實同一」或第 7 款「不甚礙被告之防禦及訴訟之終結」以許可追加原告⁴²。

二、 效果

有關舊訴訴訟狀態之拘束力，學說上認為舊訴遂行結果應以「追加後是否為必要共同訴訟」判斷是否拘束於新原告。若為肯定，由於必要共同訴訟需合一確定，需視舊訴之訴訟行為對於全體原告有利與否(民訴法第 56 條 1 項 1 款參照)。若肯定為有利之行為，包含訴訟上聲明、事實上/法律上主張、聲明證據與提出抗辯等，則當然及於新原告；若屬不利行為，如捨棄、認諾、拋棄責問權、自認與撤回證據聲明等⁴³，應由法院對新原告闡明其將受舊訴拘束的不利益效果，並且經由新原告同意後，始拘束新原告。至於被告部分，雖然不需其同意即可使新原告加入，但從訴訟經濟目的來看，原則上應得繼續使用舊訴遂行結果。然而為保障被告利益，限縮拘束效果範圍應較為妥適。要言之，追加原告時，應使被告有得為相反不同主張之機會，例如新、舊原告成立普通共同訴訟時，即便被告對舊原告自認，對新原告仍可為否認之主張⁴⁴。

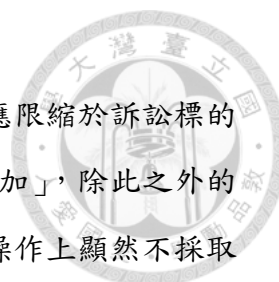
期，頁 102。

⁴¹ 沈冠伶(2012)，〈固有必要共同訴訟與民事訴訟法第 56 條之 1 規定之適用〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 296，台北：元照。

⁴² 沈冠伶，前揭註 35，頁 266 以下。該部分雖係針對被告追加，但本文認為於原告之追加亦得為相同解釋。

⁴³ 上述有利與不利行為之定義，摘自呂太郎，前揭註 7，頁 126。

⁴⁴ 劉明生，前揭註 35，頁 202。同旨，沈冠伶，前揭註 35，頁 270。



第二款 案例探討

於第二章分析當事人變更追加法律性質時，曾有學說提及應限縮於訴訟標的需合一確定時，始得依第 255 條第 1 項 5 款為「被告」之「追加」，除此之外的其他當事人變更、追加則不得適用第 255 條⁴⁵。惟實務見解在操作上顯然不採取此說，甚至在追加原告的部分，亦有適用同條項第 5 款者。另外，若是新原告不同意追加，亦涉及是否可適用限制其處分權的民訴法第 56 條之 1 規定。以下除以各類共同訴訟觀點整理實務判決外，亦就第 56 條之 1 的適用情形為合併說明。

一、 訴訟標的有合一確定必要者

(一) 固有必要共同訴訟

1、 常見類型

(1) 民法第 828 條修正前：共同共有物之回復請求

關於原告的固有必要共同訴訟，過去實務上常見的案例主要係關涉繼承人就尚未分割遺產之主張。例如臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 126 號判決，原告 X1 請求確認其所繼承的土地之所有權，並請求被告 Y 塗銷系爭土地之註記權利⁴⁶。惟該土地之繼承人尚有 X2，遂依據第 5 款請求追加 X2 為新原告。法院以下開理由允許之：「系爭土地為共同共有財產，本件訴訟為固有必要共同訴訟，乃追加 X2 為原告；並變更起訴聲明為確認與追加原告共有土地所有權、土地上註記權利塗銷。核屬訴之追加，該訴訟標的對於被上訴人與追加原告必須合一確定……依上開規定（按：第 255 條第 1 項第 5 款），應予准許」。

然而，於 2009 年民法第 828 條第 2 項修正：「第 820 條、第 821 條及第 826 條之 1 規定，於共同共有準用之」後，關於共同共有物之回復請求得準用民法第 821 條由個別共同共有人起訴，而無全體一同起訴之必要。因此此類案例遂被劃分於類似必要共同訴訟，惟結論上仍得依第 5 款為共同共有人之追加（詳參後述（二））。

⁴⁵ 劉明生，前揭註 35，頁 197。

⁴⁶ 該註記內容為「公告徵收禁止分割、合併、移轉及設定他項權利 59 年 11 月 6 日府民地四字第 8919 號公告徵收持分：000000 分之 2808」及「未辦繼承登記，列冊管理：臺北市政府地政處 94 年 7 月 8 日北市地一字第 09431760800 號函指定自 94 年 7 月 1 日起列冊管理」。



(2) 民法第 828 條修正後：共同共有債權行使

雖然民法第 828 條修正後，似乎大幅減少了原告的固有必要共同訴訟之範圍。惟於涉及「非」共同共有物之回復請求時，則仍視為固有必要共同訴訟。典型案例如**共同共有債權人請求債務人履行債務**，最高法院 104 年度第 3 次民事庭（一）決議便認為，當共同共有債權人起訴請求債務人履行債務時，由於屬共同共有債權之「權利行使」，而非「回復」，故要無民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條的餘地，所有原告必須一同起訴始謂無欠缺當事人適格⁴⁷。

在涉及到此類案例之追加時，實務亦以第 5 款允許之。例如臺灣高等法院 105 年度重上字第 548 號判決中，原告 X1 主張與 X2、X3、X4、X5、X6 繼承自 Z 之不動產為 Z 生前與被告 Y 成立借名登記契約關係之標的物，該契約關係因 Z 死亡而消滅，Y 雖承諾返還但有遲延情事，導致 X1 需額外繳納土地增值稅，就該部分援依民法第 231 條向 Y 請求損害賠償。法院認為：「被繼承人 Z 死亡後系爭二筆土地由上訴人全體繼承而共同共有，則對於 Y 遲延返還土地所生之損害賠償請求權，即屬上訴人全體共同共有債權。又依前揭說明，共同共有債權之權利行使，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，方符當事人適格要件。則 X1 於本院就此部分之請求，追加 X2、X3、X4、X5、X6 為原告，共同請求被上訴人賠償，固屬訴之追加，惟該訴訟標的於 X1 及追加原告間既須合一確定，依前開規定（按：第 255 條第 1 項 5 款、第 446 條第 1 項但書），應予准許」⁴⁸。

⁴⁷ 決議問題：數繼承人繼承被繼承人對第三人債權而共同共有該債權。該共同共有債權人中的一人或數人，得否為全體共同共有債權人之利益，請求債務人對全體共同共有債權人為給付？**甲說**認為應依 831 條準用 828 條 2 項再準用 821 條但書，得由共同共有人之一人或數人為全體共同共有人之利益，請求債務人向全體給付；**乙說**則認除非有其他全體共同共有人同意，或因共同共有人全體利益為回復共同共有物之請求外，不得為單獨或共同起訴。亦即基於共同共有法律關係請求者，應由全體共同共有人起訴之。決議結論採**修正之乙說**：「共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

⁴⁸ 本文雖以民法第 828 條修正前後為分類，僅係為了強調修正後的現況，不表示實務認為〈共同共有債權行使〉之案例於「修正前」不得依第 5 款為追加（如：高等法院臺南分院 96 年度重上字第 67 號判決）



2、應共同起訴而拒絕成為原告之處理

(1) 事實上無法同意公式

觀察上開實務見解，聲請追加固有必要共同訴訟之原告得依第 5 款為依據，然而本於處分權主義，新原告仍須有起訴意思。因此若是**應為原告之一人拒絕起訴**，對於當事人適格將有所欠缺，並導致敗訴結果。就此問題，**最高法院 31 年 11 月 19 日民刑庭會議決議**認為在一定情況下得為類似必要共同訴訟：「依其共同關係所由規定之法律或契約，得由共同共有人中之一人為之者，關於共同共有物之爭執，自得由其一人單獨起訴或被訴，即使此項法律或契約無此規定，得共同共有人全體之同意時，亦得由其中一人單獨起訴或被訴，故關於共同共有物之訴訟，不得概稱為固有之必要共同訴訟」，緩和了原告適格的問題。

此外，實務另發展「事實上無法同意」之公式⁴⁹：在「所在不明」、「共有物被一部分共同共有人移轉」、「故意不同意為原告」、「反對他共有人起訴」、「利害關係相反」之情形下，由於客觀判斷此時無法得到應一同成為原告者之同意，而若已得其他共同共有人全體之同意，便可謂當事人適格無欠缺⁵⁰。例如最高法院 91 年度台上字第 996 號判決中，原告 X1 主張因被繼承人與被告 Y 之間信託關係消滅，應將 X1 所繼承之系爭股份返還，X1 之外雖尚有 X2 等繼承人未一同列為原告，惟 X1 僅主張難取得 X2 等之同意（住院或未表達任何意見）而無當事人適格之欠缺。就此，判決認為所謂事實上無法得共同共有人知同意乃是「在一般情形下，有此事實存在，依客觀判斷，不能得其同意而言，如共同共有人間利害關係相反，或所在不明等屬之」。結論上認為原審並未詳細查明 X1 係如何無法取得 X2 等之同意，不得當然認為已無當事人適格之欠缺。

(2) 強制追加原告：民訴法第 56 條之 1

不過，民訴法於 2003 年增訂第 56 條之 1，規定訴訟標的必須合一確定而應

⁴⁹ 使用該公式的判決，如最高法院 91 年度台上字第 996 號判決、最高法院 97 年度台上字第 103 號判決、86 年度台上字第 3485 號判決。

⁵⁰ 吳從周（2012），〈民事訴訟法第 56 條之 1 強制固有必要共同訴訟與民法第 828 條修正前後之互動（上）〉，《台灣法學雜誌》，201 期，頁 84-91。

共同起訴者，若原告拒絕一同起訴，法院得依聲請裁定追加原告，若逾期未追加者，視為一同起訴。原本該條主要係為解決共同共有物之回復的案例，如最高法院 93 年度台抗字第 403 號裁定。惟仍有見解採取事實上無法同意之公式者，如最高法院 96 年度台上字第 2496 號判決、95 年度台上字第 2245 號判決、95 年度台上字第 1834 號判決、94 年度台上字第 2377 號判決。

但在 2009 年民法修正第 828 條第 2 項後，適用該條之裁判則以共同共有債權之行使為主。例如，最高法院 106 年度台抗字第 891 號裁定中，舊原告 X1 主張其被繼承人贈與被告 Y 股份之意思表示無效，請求返還股份或回復原狀。其他繼承人 X2 雖拒絕對 Y 起訴，法院乃依第 56 條之 1 裁定 X2 為新原告。

其他類似情況如請求確認基於繼承而共同共有之建物所有權⁵¹、基於繼承而取得借名登記物返還請求權⁵²、因合夥所生之共同共有債權⁵³，亦被法院認定為固有必要共同訴訟而可適用第 56 條之 1 為原告之追加。

（二） 類似必要共同訴訟

1、 共同/分別共有物之回復請求

實務上認為，民訴法第 255 條第 1 項第 5 款所謂訴訟標的對於數人必須合一確定，係指依法律之規定必須數人一同起訴或數人一同被訴，當事人之適格始無欠缺；或數人在法律上各有獨立實施訴訟之權能，而其中一人起訴或一人被訴時，所受之本案判決依法律之規定對於他人亦有效力者而言（最高法院 87 年度台抗字第 137 號裁定意旨參照）。**要之，第 5 款之適用範圍即包含固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟（最高法院 28 年度上字第 2199 號判例意旨參照）。**

在類似必要共同訴訟的追加原告案例中，適用第 5 款的判決主要關涉**共有人對於共有物之回復請求**。例如臺灣高等法院 103 年度上易字第 622 號判決，舊原告 X1 主張其與 X2 共有之土地設定地上權予被告 Y 為建物或工作物之使用，嗣因系爭土地上之建物已拆除而地上權消滅，遂請求 Y 塗銷該地上權。雖然共有

⁵¹ 最高法院 101 年度台抗字第 561 號裁定。

⁵² 最高法院 101 年度台抗字第 20 號裁定。

⁵³ 高等法院 105 年度重上字第 262 號判決。

人對其應有部分有獨立實施訴訟之權能，但由於「該地上權係以系爭土地之所有權全部為標的，則是否終止該地上權對於全體共有人自有合一確定之必要」，故為類似必要共同訴訟。「是追加原告嗣追加起訴，並與被上訴人為同一聲明，本件即屬類似必要共同訴訟。基於前揭規定，追加原告所為之前開追加，與民事訴訟法第 446 條第 1 項但書及第 255 條第 1 項第 5 款規定相符，自應予准許」。

此外亦適用第 5 款者，如**共同共有人對第三人本於公共共有物之所有權回復請求**。在 2009 年民法修正第 828 條第 2 項得準用第 821 條後⁵⁴，因為各共同共有人得就共有物之全部本於所有權請求，故共同共有人即便未一同作為原告，亦因其屬類似必要共同訴訟而無當事人適格的影響。臺灣高等法院 103 年度重上字第 39 號裁定中，舊原告 X1 主張與 X2 公共共有繼承之建物，因與被告 Y 之借名契約業已消滅，遂請求移轉登記予 X1。針對 X1 於第二審時聲請追加 X2 為新原告，法院亦依第 5 款允許之。

不過在前述〈公共/分別共有物之回復請求〉案中，部分判決亦會**同時依據第 2、第 5 款為原告追加**。如臺灣高等法院 103 年度上字第 1345 號判決，舊原告 X1 主張其與 X2 共有大樓地板遭被告 Y 擅自打穿，未經社區區分所有權人會議決議即擅自打穿樓地板增建內梯，爰依民法第 767 條第 1 項中段、第 821 條請求 Y 應回復原狀。X1 於第二審時追加 X2 為新原告，法院認為「核 X2 為追加原告提起追加之訴，與原起訴之基礎事實同一，且與原訴有合一確定必要，屬類似必要共同原告，揆諸前揭說明，X2 追加為原告部分，符合民事訴訟法第 446 條第 1 項但書、第 255 條第 1 項第 2、5 款規定」，雖顯示出類似必要共同訴訟以第 2 款為追加之可能性，然判決就第 2 款之涵攝僅以「與原起訴之基礎事實同一」簡略帶過，是否即表示在訴訟標的必須合一確定時，請求之基礎事實即當然為同一，不可而知。

2、撤銷股東會決議

向來認為，公司法第 189 條的撤銷股東會決議之訴應屬類似必要共同訴訟⁵⁵，

⁵⁴ 有關民法修正 828 條後與民事訴訟法第 56 條之 1 的適用關係變化，參照吳從周，前揭註 50。

⁵⁵ 邱聯恭講述，許士宦整理，前揭註 1，頁 307。

而實務上亦有涉及此類訴訟之原告追加。案例事實可略為：舊原告 X1 股東向被告 Y 公司起訴撤銷股東會決議，嗣後追加其它股東 X2 等為新原告。對此，臺北地方法院 89 年度訴字第 2689 號判決否認該追加，**判決首先否定第 2 款於當事人變更、追加之適用**：「而同一當事人間之請求變更或追加，始有民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款「請求之基礎事實同一者」之適用，至當事人主體之變更或追加，則無此適用」；判決並認為，由於此案例非屬固有必要共同訴訟，要無第 5 款之適用：「撤銷股東會決議之訴，其訴訟標的為股東得撤銷決議之形成權，此形成權在各股東間係獨立存在，並非必須共同行使之固有必要共同訴訟，如有多數股東為共同原告一同起訴，為訴訟標的之形成權是否存在，各股東仍有其個人關係之原因，因此關於各該股東個人關係之事項，亦無民事訴訟法第 56 條第 1 項必須合一確定之適用，是以，於撤銷股東會決議之訴追加原告，並無民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款之適用」。依照該判決之意旨，似乎可以認為僅有固有必要共同訴訟得依第 5 款為原告之追加，而不包含類似必要共同訴訟之情形。

然而桃園地方法院 100 年度訴字第 1304 號判決則以為應可依第 2 款為追加其它股東作為原告：「本件原告起訴時原僅列 X1 為原告，嗣於 100 年 8 月 24 日追加 X2、X3、X4 為原告，經核追加原告 X2、X3、X4 之聲明與原告 X1 相同，爭點均為被告公司 100 年 8 月 1 日召開之股東臨時會是否有得撤銷事由，所用之證據資料亦有同一性，是原告所為訴之追加，合於前揭規定（按：第 255 條第 1 項第 2 款），應予准許」。惟若依照向來所認股東會決議撤銷之訴係屬類似必要共同訴訟之見解，此判決似乎即迴避了類似必要共同訴訟得否適用第 5 款的問題，而逕以第 2 款允許追加。

3、應共同起訴而拒絕成為原告之處理

從前述案例來看，除上述台北地方法院 89 年度 2689 號判決外，實務多承認類似必要共同訴訟得依第 5 款追加「新原告」。然若未起訴之人拒絕成為原告，是否亦得於類似必要共同訴訟中適用第 56 條之 1，即屬疑問。雖然前述提及學

說有持肯定論者⁵⁶，惟最高法院對此似採取否定見解。參照同院 98 年度台抗字第 811 號裁定：案例事實略為：舊原告 X1 請求被告 Y 履行各自的被繼承人所締結之分產協議，由於與 X1 同為繼承人之 X2 拒絕對 Y 起訴，X1 遂依第 56 條之 1 聲請其為新原告。法院則以下開理由駁回：「按民事訴訟法第 56 條之 1 第 1 項規定，係為解決固有必要共同訴訟當事人適格之問題而設，必以訴訟標的對於數人必須合一確定，且該數人「應共同起訴」者始足當之……是以各共同共有人對於第三人為回復共有物之請求，均得為共同共有人全體之利益而起訴，類此非必以該共同共有人全體共同起訴，其當事人適格始無欠缺之情形，依上說明，即無民事訴訟法第 56 條之 1 第 1 項規定之適用」。申言之，最高法院採取的立場相當明確，由於第 56 條之 1 的立法目的在於補正當事人適格欠缺的問題，且既然自類似必要共同訴訟的本質來看，即便未共同起訴，對於滿足當事人適格與否亦無所影響。因此若是於類似必要共同訴訟的場合尚再行強制新原告一同起訴，無異於過度侵害其程序處分權，故採取否定見解。

二、 訴訟標的無合一確定必要者

(一) 社區住戶與建商

此類案例事實可略為，X1、X2、X3 等人向被告建商 Y 購置房屋，然因買受之房屋欠缺 Y 廣告、契約中所保證之公共設施、安全標準等，X1 遂作為舊原告向 Y 主張民法第 354 條物之瑕疵責任，或者第 184 條損害賠償責任。而嗣後追加其它住戶 X2、X3 等人。

符合該案例者，例如臺北地方法院 100 年度北簡字第 12026 號判決，法院雖認為該案「情節與同法第 255 條第 1 項第 5 款規定不符」，然本於「其法律關係均係源於 X1 與被告 Y 之買賣關係，據以請求由原告 X1 代為受領被告 Y 所給付之無瑕疵系爭消防安全設備，抑或本於其 Z 社區區分所有權人地位，請求 Y 就違法點交系爭消防安全設備行為，負連帶損害賠償責任，核其依據之事實及請求賠償之內容均同一，並援用原訴之訴訟資料及證據請求，依訴訟經濟原則，自宜

⁵⁶ 邱聯恭 (2012)，〈「程序主體」概念相對化理論之形成及今後 (下)〉，《月旦法學雜誌》，202 期，頁 102。

利用同一訴訟程序審理，俾一次解決紛爭，且無害於被上訴人程序權之保障，堪認原訴及追加之訴，其請求之基礎事實同一，原告為訴之追加，依法自無庸得被告之同意，應予准許」。要之，此時得依第 255 條第 1 項第 2 款請求之基礎事實同一為原告之追加。基隆地方法院 101 年度重訴字第 41 號判決中，亦持相同結論⁵⁷。

（二） 契約真正締約人

此類案型例如桃園地方法院 105 年度訴字第 1048 號判決，案例事實略為舊原告 X1 認為其與被告 Y 締結消費借貸契約，向 Y 起訴請求履行契約義務後，Y 抗辯關於借貸之匯款來往對象為 X2，故該契約之相對人非 X1，X1 遂追加其配偶 X2 為預備原告。法院認為：「本件原告 X1 原起訴請求被告應給付新臺幣 250 萬元……嗣於訴訟中追加原告 X2，並變更聲明如後述（按：給付備位原告 250 萬元），核原告前開主張之基礎事實同一，援引證據資料亦相同，無甚礙於被告之防禦及訴訟之終結，揆諸首揭規定（按：第 2、7 款），自應准許」。同樣地係在訴訟標的沒有合一確定必要的情形下，允許得依照第 255 條第 1 項第 2、7 款作為追加原告的依據。

（三） 連帶債權人之追加

此類案型則以舊原告 X1 本向被告 Y 請求債務清償，嗣後以 X2 為系爭債權之連帶債權人為由追加其為新原告。

例如嘉義地方法院 93 年度重訴字第 24 號判決，舊原告 X1 與新原告 X2 為債權之共同買受人，以買賣債權關係成立連帶債權，請求被告 Y 等人清償該連帶

⁵⁷ 訴外人 Z 持有系爭土地所有權，與被告 Y 建設公司合作推出系爭社區建案，買受人 X1 等發現建案與訂約時承諾之公共設施不符，甚至嚴重侵害住家視野，援依侵權行為關係、瑕疵擔保責任、不當得利請求 Y 給付該損害賠償：「按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2、3、7 款分別定有明文。原告 X1 等 7 人原起訴聲明請求被告欣偉傑建設股份有限公司應分別給付……元，及均自起訴狀繕本送達被告之翌日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息；嗣於民國 101 年 7 月 4 日具狀追加原告 X8 等 5 人，並請求被告應分別給付原告 X8……元，及均自起訴狀繕本送達被告之翌日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息……核原告上開所為，均係基於同一基礎事實，且不礙被告之防禦及訴訟終結，核與前開規定相符，應予准許」。

債權。法院認為「因 X2 與 X1 為系爭債權之共同買受人，訴訟資料得以共同使用，其請求之基礎事實同一，且不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，雖被告 Y 等人不同意原告 X2 之追加，依上開規定仍應准許追加 X2 為原告」，係依第 2 款為追加原告之依據；相對地，臺北地方法院 96 年度重訴字第 125 號判決中，X1、X2 與 Y 簽訂經紀人合約，為系爭契約之連帶債權人，然 Y 嗣後拒絕履行該合約，X1 遂作為原告請求契約相對人被告 Y 為債務不履行之損害賠償等，於訴訟繫屬中法院允許 X1 依第 5 款為新原告 X2 之追加。

第二項 日本法

第一款 學說見解

一、主觀追加合併概念

與台灣法相同，日本在共同訴訟方面也區分為固有/類似必要共同訴訟、普通共同訴訟的三分類型⁵⁸。為與「起訴時」即提起共同訴訟相區別，在日本學說上提出所謂「主觀追加合併」概念。所謂主觀追加合併係於「訴訟繫屬中」符合第 38 條的要件下，由當事人或第三人之聲請成立「後發性」的共同訴訟⁵⁹。狹義來說可區分為由原、被告之聲請將第三人引進程序中的**引進型**；或者由第三人主動聲請進入程序的**參加型**⁶⁰。作為已被明文化的類型，有共同訴訟參加（民訴法第 52 條）、取立訴訟的參加命令（民事執行法第 157 條第 1 項）、行政事件關聯請求之合併（行政訴訟法第 18 條等）與未伴隨脫離訴訟的訴訟承繼（民訴法第 50 條）。**廣義**而言，尚包含了**三面/準三面訴訟**的情形，例如獨立當事人參加、（準）片面的獨立當事人參加（民訴法第 47 條）與未伴隨脫離訴訟的參加承繼（民訴法第 49 條、51 條前段、47 條參照）⁶¹。在此之外，尚有論者認為原、被告於訴訟繫屬中，選定具有共同利益之第三人為其遂行訴訟（民訴法第 30 條第 3 項）

⁵⁸ 伊藤真『民事訴訟法』614 頁（有斐閣，第 4 版補訂版，2014）。另外在普通共同訴訟下尚有「聲請同時審判共同訴訟」，但因其係涉及主觀預備合併，遂不於本文討論。

⁵⁹ 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）－共同訴訟§59』31 頁（山本弘）（有斐閣，1992）。

⁶⁰ 引進型、參加型之譯名參考自駱永家（2011），《新民事訴訟法 II》，頁 211，台北：三民。

⁶¹ 宮川知法「主觀的追加的併合」青山善充・伊藤真編『民事訴訟法の争点』（有斐閣，第 3 版，1998）100 頁。

時，屬於實質或潛在的主觀追加合併⁶²。

作為本文欲提出與我國法比較的「第三人主動成為共同原告」、「由原告強制追加第三人為共同原告」類型，在日本學說的思維下應分別屬狹義主觀追加合併中的參加型、引進型。但是不論何者，皆非前述已有明文規定的範疇，因此其適法性於學理上便有探究餘地。

二、以複合行為解釋追加原告

雖然少數學說有認為解釋上「被告」固得主動將第三人以原告的共同訴訟人身份加入訴訟，但「舊原告」應不被允許得引進第三人作為自己的共同原告。蓋原告追加當事人等同於對第三人提起一新訴，將其作為對造的同時，要求法院就自己對該第三人之請求為審判，亦即雙方處於一相互對立的當事人地位⁶³，因此邏輯上並不得為之。

不過若是在追加當事人情形中，也一貫地依照通說（修正複合行為說）對於當事人變更邏輯的話，就前者（即第三人亦同意成為共同原告）而言，文獻上認為此時在修正複合行為說的架構下，係作為變更原告過程中「新訴提起」的部分而被允許之。蓋既然舊訴之撤回與新訴提起係各自判斷要件該當與否，似乎可以解釋為只要舊原告未有撤回舊訴之意或者撤回卻不具備撤回要件時，即有追加原告而成為共同訴訟的可能。學說並認為，最高裁昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決無法作為否定原告追加新原告的立論基礎⁶⁴。因該判決之背景事實係否定原告追加新被告，其射程範圍並不及於其他類型的主觀追加合併。依此邏輯，應可認為仍有允許原告追加新原告的解釋空間。

但是在客觀要件上，是否於滿足日本民訴法第 38 條時，即得為當事人之追加，容有疑慮。過去文獻似乎僅限縮於原告側應以固有必要共同訴訟起訴卻漏為一同起訴時，始得藉由主觀合併方式追加第三人，以補正該不適格的情形⁶⁵。簡

⁶² 青山ほか「新民事訴訟法をめぐって（第 4 回）」『ジュリスト』1105 号 73 頁以下〔伊藤、青山、竹下、鈴木発言〕（1997）。

⁶³ 山木戸克己「追加的共同訴訟」『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣，1961）75 頁。

⁶⁴ 宮川知法・前掲注（61）101 頁。高橋宏志「主觀的追加的併合を認めることはできない」『法学協会雑誌』106 卷 1 号（1989）155 頁。

⁶⁵ 兼子一『民事訴訟法体系』（1967，增補第 7 版，酒井書店）・388・420 頁。

言之，有關於日本學說上的原告追加，原則上應可認為係以修正複合行為說為當事人變更之框架中運行。要件上，除應有新原告對被告的起訴意思外，該新訴並非具有日本民訴法第 38 條的共同訴訟關聯性即足，尚須在僅有在原告數人為固有必要共同訴訟之情形下，為補正當事人適格始得由新原告加入訴訟成為共同原告。

三、 緩和當事人適格性之見解

然而關於第三人欠缺成為共同原告之意思時，應如何解決固有必要共同訴訟所要求之適格，避免阻絕原告利用訴訟之路徑？就此問題，日本學說提出下述見解，以緩和固有必要共同訴訟之原告適格的見解。

(一) 盡可能將原告引進訴訟

首先，學者從利用訴訟者之角度來看，為確保其訴訟利用權，不能因拒絕起訴者之意思阻絕其他共同訴訟人權利救濟途徑。因此遂參照美國立法例，將拒絕共同起訴者列為被告⁶⁶。但此說並未說明何以僅憑該第三人不願成為原告一事，即可將其列為被告。並且，縱一同列為被告，該第三人與舊被告之間應係處於不同地位，似乎實質上較近似於第 47 條的三面訴訟⁶⁷。更何況若是訴訟標的涉及共有物（如土地）之給付，法院作成的原告勝訴判決應如何對該第三人執行？皆屬未決問題。與此較相類似的手段，例如文獻上所指出此時舊原告得向法院聲請命拒絕起訴者為參加之參加命令⁶⁸

其次，有論者認為此時應對於拒絕成為原告者為訴訟告知⁶⁹。此說被認為係在日本現行法的框架中最為妥適的解決方法，蓋其以透過法院對於拒絕起訴者在訴訟上產生連結，同時保有和原告為同一立場下參與訴訟之可能，因此對於程序

⁶⁶ 新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」『民事訴訟法の役割』（有斐閣，オンデマンド版，2009）40 頁以下。

⁶⁷ 小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法』（判例タイムズ社，補訂版，2005）427 頁以下。

⁶⁸ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法』（有斐閣，第 3 版，2018）584 頁。

⁶⁹ 小林秀之・前掲注（67）429 頁。

保障的觀點來說實屬適切⁷⁰。



(二) 舊原告的訴訟擔當

學說尚有認為，為了避免原告因當事人不適格而隨時背負訴訟被駁回，進而造成浪費至今的訴訟活動之風險，此時應可類推第 29 條選定當事人之規定。要言之，若是原告或被告構成之集合體設有代表人，則承認該集合體具有當事人適格。依照此說，若是上訴後被認為欠缺適格，法院亦不得當然為駁回，而應為廢棄發回以提供補正適格之機會。與此相類的，文獻認為僅憑選定當事人制度無法完整說明訴訟遂行權之基礎。因此或可借用美國法集團訴訟理論，認為若是具有充分代表關係之人，即便其非基於個別權利義務人之授權，仍得作為原告起訴。

個別類型上，若是數人共有專利權，消極不為權利保全之部分共有人造成之實質破綻所生的共有人分割請求權，若是積極共有人行使時，為保全自己之請求權，得代位行使消極共有人之訴訟實施權。

最後，在此兩大類手段之外甚有學說消極地認為，既然拒絕起訴之人實無爭執之意或所在不明，則無須成為原告。惟此說欠缺法律上根據，且與固有必要共同訴訟本身矛盾，並未能解決問題⁷¹。

第二款 實務—追加原告的消極立場

一、 以合併辯論取代追加原告

相較於學說對原告追加的承認態度，日本實務對於主觀的追加合併相當保守，而主張應以合併辯論代替。此點自最高裁昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決即可見一斑⁷²。關於下級審部分，則可參照名古屋地裁平成 2（1990）年 12 月 7 日判決⁷³。事實簡要如下：X1 為某別墅之管理團體，其向 Y 主張別墅地下水管施工不當造成的損害賠償，又於訴訟係屬中提出訴之變更聲請，以別墅居住者 X2 等人向 Y 主張相同之損害賠償。判決認為後訴為一獨立之新訴，故命補

⁷⁰ 梅本吉彥『民事訴訟法』（信山社，4 版，2009）635 頁。

⁷¹ 梅本吉彥・前掲注（70）634-636 頁。

⁷² 由於該判決係以被告追加作為論述前提，詳參後述第三節、第二項。

⁷³ 判例タイムズ 761 号 257 頁。

正原告應再繳納後者之訴訟費用，原告因置之不理而遭駁回。雖未明白表示，但從其作成年代與否定原告追加來看，該判決顯然係基於對昭和 62 年判決（否定被告追加）見解的肯定，再進一步認為亦不得為原告追加⁷⁴。



二、 欠缺強制追加原告機制

若是原告側為固有必要共同訴訟，應成為原告者卻拒絕一同起訴時，在日本實務上係如何處理？以日本法獨有之習慣物權「入會權」為例，所謂入會權乃是入會權人（如村落居住之人們）對於入會地（例如鄰近山林）享有使用收益權利，但各自並不享有入會地的應有部分與處分權，屬於「總有」的共有態樣⁷⁵。若有關於確認入會權存在的紛爭，應以全體一同起訴始為當事人適格（最高裁昭和 41（1966）年 11 月 25 日第二小法廷判決參照）。而若入會權人當中有拒絕一同為原告者，依照最高裁平成 20（2008）年 7 月 17 日第一小法廷判決的立場，將其與第三人一同列為被告即可解決不適格的問題。另外，最高裁平成 6（1994）年 5 月 31 日第三小法廷判決則承認入會團體之訴訟實施權，其本身係為入會權人的訴訟擔當，亦有成為原告之適格。其他採取同樣手段者，例如最高裁平成 11（1999）年 11 月 9 日判決，亦認為共有土地之境界確定訴訟中拒絕成為原告者，將其列為被告亦足解決原告不適格的問題。應注意者，前述學說所認對拒絕起訴者為訴訟告知之手段，同樣處理共有土地境界確定的最高裁昭和 46（1971）年 12 月 9 日第一小法廷判決⁷⁶中反認為，其並不能與「一同作為當事人起訴」等同視之，遂據以否認。

申言之，對於原告的固有必要共同訴訟可能欠缺當事人適格的情況，日本實務似乎仍認為拒絕成為原告者之程序處分權處於優先地位，因此並不以強制追加新原告的方法回應，而係透過改列拒絕一同起訴者為被告，或者寬認原告適格的手段處理之。

⁷⁴ 小野寺忍「主觀的追加的併合」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穗編『民事訴訟法判例百選』（有斐閣，第 4 版，2010）209 頁。

⁷⁵ 平野裕之『物權法』（日本評論社，2016）371 頁以下。

⁷⁶ 民集 25 卷 9 号 1457 頁。



第三項 兩國法之比較

第一款 合一確定必要之追加原告要件

一、固有必要共同訴訟

我國法於追加原告成立固有必要共同訴訟的情形，由於訴訟標的於新舊原告應合一確定，故適用第 255 條第 1 項第 5 款應無疑問。而日本法學說在討論當事人追加時，特別指出該制度對於補正固有必要共同訴訟中當事人不適格之情形有所實益，因此應更可認為固有必要共同訴訟的原告追加，除一次紛爭解決之機能外，尚肩負了使起訴為合法之任務。

在民法第 828 條修正前，我國實務關於固有必要共同訴訟之原告追加係以〈共同共有物之回復請求〉類型之判決為主（如臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 126 號判決）。雖然於第 828 條修正後，該類案例被歸類為類似必要共同訴訟，然結論上並不影響得依第 5 款為追加之結論（參後述二、）。

而〈共同共有債權行使〉之案例，依最高法院 104 年度第 3 次民事庭決議，即便於民法第 828 條修正後，仍被視作固有必要共同訴訟。然而學說對此則略有爭議，有部分見解認為應屬類似必要共同訴訟⁷⁷。惟縱使採取類似必要共同訴訟說，於新原告同意之情況下，仍得依第 5 款為追加，其區分之實益僅有在新原告拒絕一同起訴，得否依第 56 條之 1 為強制追加原告之問題。對此，本文以為從民法第 828 條第 2 項之修正意旨來看，準用第 821 條之目的乃是為了共有權利於訴訟上行使之便利，而從實體法觀點而言，共同共有債權之行使亦係為了共益請求權之行使，形同共同共有權利之保存行為，因此類似必要共同訴訟說較為可採。

二、類似必要共同訴訟

較有爭議的在於追加原告後成立類似必要共同訴訟的情形。若按照日本複合行為說邏輯，以符合日本民訴法第 38 條之要件即得為原告追加，然而又如同前述日本學說特別指出固有必要共同訴訟有承認追加當事人之實益⁷⁸，是否可以認

⁷⁷ 有關相關之爭議整理，參照陳冠中，前揭註 2，頁 289-304。

⁷⁸ 兼子一·前揭注（65）388・420 頁。

為，除了固有必要共同訴訟的追加皆非可允許之範圍？特別在是否允許類似必要共同訴訟之當事人追加的問題上，在日本學說中似乎沒有一個明確的答案。

如前所述，我國肯定論者以為第 56 條的解釋上已包含類似必要共同訴訟，故從文義與體系解釋上第 255 條第 1 項第 5 款亦應包含之，且自制度旨趣而言，允許追加亦能有助益於紛爭一次解決與避免裁判矛盾⁷⁹；否定論者在結論上認為第 5 款僅能用於處理當事人適格問題⁸⁰，顯然是對此款採取目的性限縮之解釋。對此本文認為，從第 255 條係為了擴大紛爭一次解決來看，否定說之見解顯然與立法目的相悖，更何況類似必要共同訴訟之訴訟標的既亦有合一確定之必要，自體系解釋觀點來看要無限縮之必要。因此結論上，**本文認為類似必要共同訴訟既然於訴訟標的有合一確定必要，則僅以第 5 款即得為原告之追加，並無適用他款追加的必要。**

因此在〈撤銷股東會決議〉之類型中，訴訟標的即股東會決議之有效與否乃於股東之間有合一確定必要者，然不必為一同起訴，故為類似必要共同訴訟。則臺北地方法院 89 年度訴字第 2689 號判決認為此時不得依第 5 款為追加，應有誤解。而〈共同/分別共有物之回復〉類型中，則因民法第 828 條第 2 條準用第 821 條，雖對共有物之權利主張於（公司）共有人之間有合一確定必要，但亦毋須一同起訴，屬類似必要共同訴訟，實務以第 5 款為追加要無違誤。但是，由於第 255 條第 1 項各款係獨立判斷，若是已符合第 5 款之要件，即無再行適用第 2 款之必要，臺灣高等法院 103 年度上字第 1345 號判決同時適用兩者作為追加原告之依據的見解，即有所不合。又桃園地方法院 100 年度訴字第 1304 號判決棄第 5 款而以第 2 款為追加，更有所誤解。

三、 普通共同訴訟

僅就共同訴訟之成立而論，普通共同訴訟由於在訴訟標的並無合一確定之情形，但是學說認為於普通共同訴訟與類似必要共同訴訟之間存有灰色地帶，而於

⁷⁹ 沈冠伶，前揭註 35，頁 264 以下；姚瑞光，前揭註 26，頁 434-435；陳計男，前揭註 23，頁 255；吳明軒，前揭註 24，頁 838；呂太郎，前揭註 7，頁 402。

⁸⁰ 楊建華原著，鄭傑夫增訂，前揭註 36，頁 261，台北：自刊；陳榮宗、林慶苗，前揭註 23，頁 361。

部分情形得考慮第 56 條之類推適用（參見本章第一節、第二項、第三款）。本於同樣事物為同樣處理之原則，若是灰色地帶的普通共同訴訟之原告「追加」上，是否即需同第 56 條一般，亦考量類推適用第 5 款，抑或以第 2 款為追加原告之依據即足？



（一） 原則：適用第二款追加

在〈社區住戶與建商〉案例中（臺北地方法院 100 年度北簡字第 12026 號判決），住戶各自對於建商有基於不同買賣契約所生的物之瑕疵損害賠償請求權，既無需一同起訴，更無判決效力擴張之情形，因此訴訟標的上無合一確定必要。然對於建商所起造之房屋是否欠缺於廣告、契約中所保證之公共設施、安全標準而該當物之瑕疵，則對於所有住戶之請求而言屬共通爭點。縱使住戶於各自與建商締約時亦有不同締約過程，或有民法第 355 條本即知有瑕疵者、第 356 條未盡檢查通知義務，若是對其自認，並不影響實體法上規範內容衝突，故無類推第 56 條之必要。惟關於係爭建物是否有物之瑕疵一事，其審理的訴訟資料於共同訴訟人之間有重複利用可能，因此請求基礎事實要屬同一，故得依第 2 款追加。

（二） 主觀預備合併之訴：適用第二款追加

但是，〈契約真正締約人〉（桃園地方法院 105 年度訴字第 1048 號判決）中，契約關係究存在於 X1 或 X2 與 Y 之間於實體法上不能兩立而有擇一關係，屬「主觀預備合併之訴」。首先於第一層次上（主觀預備合併之訴的合法性），雖然對於是否應承認此類主觀合併有所爭議，但是在「原告」的主觀預備合併之訴方面，對於備位原告而言並不會發生訴訟程序之不安定，因其係自願同意為備位原告⁸¹。

而於第二層次上（應如何為主觀預備合併之訴的追加），文獻認為在先、備位請求具有擇一關係時，可自其一請求之成立與否，即可當然推知另一請求是否成立。故於先、備位原告與被告之間，實質上處於某程度之對立狀態而形成「三

⁸¹ 邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 1，頁 278 以下。

面對立關係」，具有類似合一確定之關係，為避免實體法上規範內容衝突，於審理上應類推適用第 54 條第 2 項規定準用第 56 條⁸²。雖然似乎可以導向類推適用第 5 款為追加的結論。不過本文以為，第 56 條與第 255 條之立法目的不同，前者為成立必要共同訴訟之審理原則，後者則係處理如何變更、追加為共同訴訟之規範。且之所以考量類推適用第 54 條第 2 項準用第 56 條，乃是因為在成立共同訴訟後之審理原則上欠缺適當規範之故，然就本案而言，因審理契約成立與否的訴訟資料亦得於追加之新訴重複利用，適用第 2 款為追加即可。要之，在不欠缺法律漏洞的情況下，並無考量類推適用第 5 款的必要。自此以觀，桃園地方法院 105 年度訴字第 1048 號判決以第 2 款為追加一事，應有可採。惟判決同時以第 7 款為追加依據，依本文見解似有違誤，蓋第 7 款係作為補充條款，既有第 2 款之適用，要無第 7 款適用餘地。

（三）中間類型共同訴訟：適用第二款追加

最後，在〈連帶債權人之追加〉之案例中，本文發現實務有適用第 2 款或第 5 款追加之情形，應有研議餘地。蓋依本文所認必要共同訴訟應優先適用第 5 款之立場，若是認為連帶債權人間屬於必要共同訴訟，則要無檢討第 2 款適用之必要。

首先，依民法第 283 條連帶債權人得各自為債權之全部受領，此與公同共有債權應共同為受領而不同，因此應可認為毋須一同起訴。就此點而言，即排除故有必要共同訴訟之性質。在判決效力範圍上，依民法第 287 條第 1 項，連帶債權人中之一人受有利益之確定判決者，為他債權人之利益亦生效力；同條第 2 項則規定一人受有不利益之確定判決者，「除非該判決係基於債權人之個人關係」，對他債權人亦生效力。於特定情形（判決係基於債權人個人關係作成時，例如其一債權人已向債務人免除債務、對其一債權人之消滅時效完成或者其一債權人之債權成立係透過詐欺、脅迫為之⁸³）下判決效力不擴張於其他債權人。縱然此確定

⁸² 呂太郎（2009），〈對立之共同訴訟人〉，氏著，《民事訴訟之基本理論（二）》，頁 39 以下，台北：元照。

⁸³ 孫森焱（1988），《民法債編總論》，修訂八版，頁 665，台北：三民。

判決之絕對效力範圍，較連帶債務為廣（非基於個人關係且以為他債務人利益為限）⁸⁴。仍可謂連帶債權關係與連帶債務關係（詳參第三節、第二款、二、（二））具有類似的共同訴訟性質，介於普通共同訴訟與類似必要共同訴訟間的灰色地帶中。然不論是在嘉義地方法院 93 年度重訴字第 24 號判決（請求給付連帶債權），或者臺北地方法院 96 年度重訴字第 125 號判決（連帶債權不履行之損害賠償），關於連帶債權之審理上有重複利用訴訟資料之可能，故前者以第 2 款追加之見解應屬可採，而後者未意識到連帶債權人間的判決之絕對效力範圍與一般典型類似必要共同訴訟的有所差異，適用第 5 款之見解應有未恰。

第二款 強制追加原告之射程

在新原告未同意的情形，我國實務與學說一致認同原告的固有必要共同訴訟可適用民訴法第 56 條之 1 強制追加。與此相對，日本法並未有類同我國第 56 條 5 之 1 的規範，並且在觀察日本實務見解後可以發現，日本法對於固有必要共同訴訟原告適格欠缺問題多以強制追加「之外」的手段解決。例如：承認入會權團體之原告適格，或者將不願意一同起訴之人列為被告。反觀學說上被認為較為妥適的訴訟告知之作法，並不受實務所青睞，自此亦可以得知日本法對於強迫原告起訴所採取的保守立場。因此吾人在面對第 56 條之 1 的規定時，不妨以更嚴謹的態度檢驗其適用範圍。

以此認識為前提，在我國法第 56 條之 1 得否適用於類似必要共同訴訟的問題上，應如何判斷為妥？結論上本文贊同實務所採的否定意見。首先，從立法解釋觀點來看，第 56 條之 1 第 1 項之立法目的：「訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴者，該數人必須一同起訴，否則當事人之適格即有欠缺。如其中一人或數人拒絕同為原告，將使其他人亦無法以訴訟伸張或防衛其權利，自有未宜」。可以發現立法者首要著重之處在於避免舊原告因欠缺適格而無法主張權利，從而限制新原告的處分權。

誠然，學說持肯定意見者以「訴訟費用負擔」觀點強制權利人一同為原告當

⁸⁴ 林誠二（2001），《民法債編總論（下冊）》，頁 299，台北：瑞興。

有其實益。尤其是牽涉土地的訴訟時，原告需要先行預納的相關費用往往過於龐大（特別是涉及不動產的訴訟時）。因此若能將其他權利人一同列為原告分擔費用，整體而論有助於舊原告的起訴。但是在規範面上，法院本可依同條第 5 款酌定新原告負擔費用之範圍，因「惟原未起訴之原告係因法院命令而追加為原告或被視為一同起訴，或被逕列為原告，如又令其負擔訴訟費用，不免失平⁸⁵」。並且實證研究指出一旦法院強制新原告起訴時，法院均以第 56 條之 1 第 5 項命舊原告負擔費用⁸⁶。可以發現，即便是強制追加後，在現行實務的操作下也不見得能達到訴訟費用的分擔⁸⁷。要言之，從實然面來看，以一個非必然的因素來強制以原告身份加入無必要、並且限制程序處分權的訴訟，在理解第 56 條之 1 的目的上似有些許倒果為因的違和感。從此點觀察，就共同負擔訴訟費用一點來看，似乎不宜認為得包含於「應共同起訴」的範圍內。更何況，吾人不能僅就訴訟費用分擔的費用角度，而忽略了新原告加入訴訟後，亦有勞力、時間上等精神上的負擔⁸⁸。因此本文認為，透過民訴法第 56 條之 1 強制其他類似必要共同權利人起訴，實已跨越了程序處分權應有的合理限制範疇。在原告側的當事人適格滿足後，第 56 條之 1 便已功成身退。若欲充實其他共同權利人的程序保障，以第 67 條之 1 為職權通知即堪稱完備。

第三節 被告追加

第一項 台灣法

第一款 學說見解

一、要件

學說參考德國文獻認為，因新被告本有隨時被起訴的可能，因此於第一審追加被告時無須新被告之同意。同時由於原告對於舊被告之訴仍繼續維持，故亦無庸得到舊被告同意。但是在此之外，應注意追加之新訴須有起訴一般性要件與共

⁸⁵ 民事訴訟法第 56 條之 1 第 5 項立法理由。

⁸⁶ 黃國昌，前揭註 39，頁 76。

⁸⁷ 同結論參照許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，頁 448-449，台北：新學林。

⁸⁸ 呂太郎（2014），〈共同訴訟（上）〉，《月旦法學教室》，第 146 期，頁 47。

同訴訟要件（包括普通共同訴訟、固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟）。並且基於訴訟經濟之要求，該新訴尚需有助於事件之解決⁸⁹。至於實務則是適用訴之變更規定，在得到對造同意或法院認為適當（sachdienlich），授權法院就個案利益衡量兩造利益、法院負擔判斷兩訴間的「關聯性」，探究舊訴程序資料於新訴的利用可能。但是新訴是否影響原訴訟終結並非絕對必要因素，縱使在聲請追加時，舊訴已達可為裁判程度，除非審理新訴之裁判資料完全與舊訴無關，否則因為能避免原告另行提起他訴，仍得為當事人追加⁹⁰。

依本文見解，於我國法架構下，應自第 255 條展開被告追加的解釋論。有關必要共同訴訟適用第 255 條第 1 項第 5 款之問題已於第二節原告追加部分檢討，此另就被告之追加特有的兩種類型進行補述。

首先係關於得否追加連帶債務人為新被告的問題，不同於實務所採的否定見解⁹¹，文獻上曾指出若具備主觀的合併要件即得為之⁹²，惟此見解顯然並未針對如何適用第 255 條有所著墨。並且，觀察最高法院 33 年度上字第 4810 號判例：「按民法第 275 條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告中一人提出非基於其個人關係之抗辯，對於各共同被告即屬必須合一確定，應適用民事訴訟法第 56 條之規定」，因此若以連帶債務人間為類似必要共同訴訟關係作為前提，理論上應得一貫地認為可適用同條第 1 項第 5 款進行追加；退步言之，縱使認為僅成立普通共同訴訟，因連帶債務人所負債務同一，故關於發生該債務的共同法律基礎之部分爭點，應有利用同一程序解決紛爭之實益。因此得利用同條項第 2 款為追加，蓋其具有擴大訴訟制度解決紛爭之機能；或者適用同條項第 7 款為之，因原告各自與新、舊被告之間訴訟標的或攻防方法具有一定程度牽連性，允許追加後將有助節省就同一爭點審理之勞力

⁸⁹ Roth, in Kommentar zur ZPO (Stein/Jonas), 22. Aufl., §263 Rn. 71. 轉引自劉明生，前揭註 35，頁 202。該文獻本認為我國法第 255 條第 1 項但書應目的性限縮第 5 款於「追加被告」情形，卻又另闢蹊徑以德國法解釋之，似有些許自相矛盾。

⁹⁰ MünchKomm-ZPO-Lüke, 2. Aufl., 2000, §263, Rn. 32-33. 轉引自沈冠伶，前揭註 35，頁 273。另注意該文獻就當事人之追加認為應適用第 255 條，此處僅係用於補充德國法見解。

⁹¹ 詳參本節第一項、第二款。

⁹² 駱永家，前揭註 60，頁 211。

費用，避免分別審理的裁判歧異⁹³。

而應適用何款為連帶債務人之追加，亦影響至第二審之追加的容許性判斷。首先，由於第 446 條第 1 項但書並未準用第 7 款，故本不得依第 7 款追加連帶債務人；至於以第 2 款追加連帶債務人，學理上向來有諸多關於此時的審級利益保障之討論（詳見第五章、第二節），亦非當然可為之。實務在最高法院 106 年度第 13 次民事庭決議即認為第 2 款雖可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加⁹⁴，然「第二審之追加須於對造之審級利益及防禦權之保障無重大影響，始得為之，以兼顧當事人訴訟權益之保障及訴訟經濟之要求」，此點亦影響司法院民訴草案第 446 條第 1 項但書，認為準用第 2 款於第二審追加時，應於無礙新被告之審級利益下始得為之；最後，雖然在訴訟標的合一確定時（第 5 款）之情形則可於新被告未同意之情形下為之，蓋衍生自訴訟標的之合一確定必要的「統一裁判之要求」即應優先於審級利益之保護⁹⁴。但是連帶債務之共同訴訟向來被認為係介於普通共同訴訟與類似必要共同訴訟的中間類型⁹⁵，無法一概而論。若是擴大類似必要共同訴訟之範圍，連帶債務人並非當然為受判決效力所及之人，對此，學說有認為連帶債務人於第二審之追加因涉及新被告之審級利益，除有濫用同意權之情事外，應得新被告之同意，基於程序保障之理由限縮性適用民訴法第 446 條第 1 項⁹⁶。就此問題，詳待後述案例探討時進行分析。

至於連帶保證人之追加，則涉及其實體性質上是否屬於連帶債務之爭議⁹⁷。然而文獻上認為判斷之結果並不影響得追加為被告之結論。蓋若是定性為連帶債務，則以上述模式處理即可；但即便不將其視作連帶債務性質，由於主債務和連帶保證債務之間從屬性所生的高度牽連（民法第 741 條、742 條），應可透過個案判斷有無適用第 2 款可能，假使舊訴針對主債務人起訴而審理主債務之存否，並且透過事前程序保障（訴訟參加、職權通知或訴訟告知）賦予連帶保證人對此

⁹³ 沈冠伶，前揭註 35，頁 266-270。

⁹⁴ 許士宦，前揭註 87，頁 500。

⁹⁵ 邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 1，頁 310-311。

⁹⁶ 沈冠伶，前揭註 35，頁 265、270。

⁹⁷ 楊淑文（2006），〈論連帶保證與連帶債務〉，氏著，《民事實體法與程序法爭議問題》，頁 22-42，台北：元照。且氏認為連帶保證並非連帶債務。

提出攻防機會，關於主債務之確定判決效力將因此即於連帶保證人。要言之，由於追加連帶保證人之新請求所據的基礎事實已於舊訴對新被告發生一定效力，故可依據第 2 款為追加。以求同一程序解決紛爭，裨益當事人程序利益與訴訟經濟；但若是對連帶保證人欠缺事前程序保障，則應另外判斷有無符合第 7 款的可能⁹⁸。

二、 效果

在舊訴遂行結果拘束力方面，應如何判斷拘束新被告與否？學說認為若是新被告同意追加或者以參與舊訴程序並信賴事實狀況，且對訴訟進行已產生決定性影響者，則可認受拘束；反之，原則上承認舊訴結果使用於新訴，惟為了保障新被告之程序利益，允許其為不同或相反行為⁹⁹。但是，仍須判斷是否有訴訟標的合一確定必要之情形，以決定舊被告於舊訴所為行為是否有利，進而判斷得否及於新被告與否（適用第 55 條或 56 條）¹⁰⁰。

第二款 案例探討

一、 訴訟標的必須合一確定者

（一） 固有必要共同訴訟：遺產之權利行使

在固有必要共同訴訟部分，實務上亦係以第 5 款為追加被告之依據。例如臺灣高等法院 103 年度上字第 1276 號判決，原告繼承人 X 確認被告其他繼承人 Y1、Y2 等所持股權為未分割遺產，應無系爭遺產之所有權，然卻未於起訴時列另一繼承人 Y3 為被告，由於該遺產之所有權確認於繼承人之間有合一確定並一同被訴之必要，故法院認得 X 依第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項第 5 款為追加。

又，臺灣高等法院 103 年度上易字第 291 號判決中，訴外人 Z1 與 Z2 生前簽訂土地互易契約，兩人死亡後 Z1 之繼承人即原告 X1、X2、X3 請求 Z2 之繼

⁹⁸ 沈冠伶，前揭註 35，頁 270-271。

⁹⁹ 劉明生，前揭註 35，頁 202。

¹⁰⁰ 沈冠伶，前揭註 35，頁 270。

承人即被告 Y1、Y2、Y3 履行該互易契約以移轉繼承之土地所有權登記。嗣於上訴時以民事準備續狀聲請追加 Z2 之其它繼承人 Y4、Y5、Y6。對此，法院「按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，或該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者，不在此限，民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項第 2 款、第 5 款分別定有明文。經查 X1 等人於原審起訴聲明如附表一所示，主張繼承 Z1 基於民國 78 年 7 月 5 日書立換地即互易之協議書之權利，請求 Z2 之繼承人即被上訴人 Y1、Y2、Y3 履行協議，嗣經原審判決駁回上訴人等人之訴，X1 等人於 103 年 1 月 27 日提起上訴，並於本院上訴聲明如附表二所示，復於 104 年 5 月 11 日以民事準備續狀追加林旺之其他繼承人即 Y4、Y5、Y6、Y7 為被告。經查該訴訟標的對於 Z2 之全體繼承人必須合一確定，屬固有有必要共同訴訟，其追加被告自屬合法」。

(二) 類似必要共同訴訟

1、確認債權存在

在板橋地方法院 91 年度訴字第 179 號判決中，原告 X 訴前據 Y2 開立本票取得假扣押裁定，並以該假扣押裁定請求強制執行禁止 Y2 對 Y1 收取債權或為其他處分，或由 Y1 向 Y2 清償。Y2 收受該命令後聲明異議，X 遂以 Y1 為舊被告，主張確認 Y2 對 Y1 之債權存在，嗣後聲明追加 Y2 為新被告。法院認為：「該債權債務關係是否存在，在 Y2 及 Y1 間具有本質上之不可分性，該二人依法固無須一同被訴，法院即得為實體判決，惟於其一同被訴之情形下，訴訟標的對於該二人即有合一確定必要，即為所謂類似必要共同訴訟。在類似必要共同訴訟中，追加其中一人為當事人，其訴訟標的不因而增加，且有助於紛爭之一次解決，依民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、第 5 款之規定，為法之所許。從而，本件原告於訴狀送達後，另追加 Y2 為共同被告，其所為訴之追加應予准許」。

雖非單純確認債權，但有相似性質的案例如台中地方法院 102 年度訴字第 1167 號判決，原告 X 主張被告 Y1 所有之土地上抵押權不存在，嗣後追加系爭抵押權之抵押權人 Y2、Y3、Y4、Y5 為新被告：「按訴狀繕本送達後，原告不得

將原訴變更或追加他訴，該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加原非當事人之人為當事人者，不在此限，民事訴訟法第 255 條但書第 1 項第 5 款定有明文……按 X 請求確認 Y1（債權人）、Y2 等（債務人）間之抵押債權不存在，因此項債權、債務關係是否存在，在實體法上實具有不可分性，故有合一確定之必要，而應為一致之判決，自屬於類似必要共同訴訟，而有民事訴訟法第 56 條第 1 項規定適用……追加被告部分，揆諸前揭說明，可知本件訴訟標的對於抵押權人即被告 Y1 及抵押債務人即被告 Y1、訴外人 Z 有合一確定之必要，因訴外人 Z 業已死亡，被告 Y2、Y3、Y4、Y5 為繼承人，有土地登記第二類謄本在卷可參，是本件訴訟標的對於被告 Y1 及被告 Y2 等 4 人有合一確定之必要，原告所為聲明之更正及訴之追加，均於法有據，應予准許」¹⁰¹。

2、排除第五款之適用？

早於舊民訴法施行時，最高法院即有認為類似必要共同訴訟被告之追加並非第 255 條第 1 項第 5 款適用範圍。然查否定見解之案例，可發現多以連帶債務人之追加為前提。如最高法院 86 年度台抗字第 284 號判決，原告 X 本條請求被告 Y1 為損害賠償，嗣於第二審追加 Y2 醫院為新被告，請求其對 X 為連帶損害賠償，在 Y2 醫院拒絕同意下，法院認為「所謂訴訟標的對於數人必須合一確定者，追加原非當事人之人為當事人，係指在固有必要共同訴訟就其訴訟標的，必須合一確定之人未同時為當事人者，其當事人為不適格，原告本不得受勝訴判決，惟為訴訟經濟並兼顧原告利益，特於此種情形准許原告為當事人之追加，至於非固有之共同訴訟，自無適用之餘地」¹⁰²。

而新法實行後實務亦有依循前開否定見解者，例如最高法院 91 年度台抗字第 8 號裁定，原告 X 亦係請求舊被告 Y1 為民法第 184 條之損害賠償，訴訟審理中追加 Y2 公司為連帶損害賠償。原審¹⁰³雖認為連帶負賠償損害責任之訴的性質

¹⁰¹ 其它相類案例，基隆地方法院 102 年度訴字第 375 號判決、臺中地方法院 92 年度訴字第 83 號判決。

¹⁰² 該判決中並未詳細說明原告 X 起訴 Y1、Y2 之訴訟標的，然筆者透過司法院法學檢索系統亦未能獲得前審台灣高等法院 84 年度重訴字第 102 號裁定的資料。

¹⁰³ 臺灣高等法院 90 年度抗字第 3365 號裁定。

為類似必要共同訴訟，其訴訟標的對於 Y1 及 Y2 必須合一確定，相對人依上開法條之規定追加 Y2 公司為被告，於法並無不合；然最高法院卻認為「按民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款所謂該訴訟標的對於數人必須合一確定，係指依法律之規定必須數人一同起訴或一同被訴，否則當事人之適格有欠缺，原告即因此不能得本案之勝訴判決者而言，關於連帶之債，債權人除得對債務人全體為請求外，亦得對債務人中之一人或數人為請求，其法律關係對全體債務人並非必須合一確定。故連帶之債之債權人追加連帶債務人為被告，並無上開法條規定之適用」。

上開兩則判決皆係關涉連帶債務人追加之案例，並且於下級審中援用該見解者，亦多為處理連帶債務人追加之案例¹⁰⁴。不過，本文於本章第二節即反對此見解，蓋學說早已指出第 56 條既然包含類似必要共同訴訟，從體系解釋觀點來看第 255 條第 1 項第 5 款自無排除之理。然向來對於連帶債務人與主債務人的共同訴訟究屬於類似必要共同訴訟或者普通共同訴訟一事，本有所爭議¹⁰⁵，因此有關連帶債務人之追加，詳參後述二、(一)、1 為檢討。

二、 訴訟標的無需合一確定者

(一) 第二款作為追加事由？

本文於原告追加的〈撤銷股東會決議〉類型中曾提及，實務上有排斥以第 2 款追加當事人之現象。而此爭議在訴訟標的無合一確定必要的追加被告上更為鮮明。否定以第 2 款追加當事人者，如臺灣高等法院 99 年度上字第 15 號裁定：「再按請求之基礎事實同一者，上訴人雖得將原訴變更或追加他訴，無須得被上訴人同意，但所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審

¹⁰⁴ 如：臺灣高等法院 106 年度上字第 407 號裁定、臺灣橋頭地方法院 107 年度簡上字第 31 號裁定、臺灣高等法院 104 年度重勞上字第 11 號裁定、臺灣高等法院 103 年度上字第 1428 號裁定。

¹⁰⁵ 採普通共同訴訟者，如駱永家，前揭註 60，頁 201；姚瑞光，前揭註 26，頁 118-121；採類似必要共同訴訟者，如姚瑞光等（1996），〈類似必要共同訴訟問題之研究〉，民事訴訟法研究基金會編，《民事訴訟法之研討（一）》，頁 264-267【楊建華發言】、283-285【陳榮宗發言】。

理，進而為統一解決紛爭者而言，「並不包括當事人之追加」，觀之民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款，該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者無需他造同意之規定自明。蓋訴訟標的對於數人必須合一確定時，其基礎事實無不同一，如其基礎事實同一，包括追加當事人在內，則其追加逕適用該項規定，自無另為此項規定之必要，灼然可見」¹⁰⁶。亦即實務認為請求基礎事實同一既然得包攝於訴訟標的合一確定之判斷，則無另外再為適用第 2 款的必要。

與此相對，持肯定論者如臺北地方法院 105 年度建簡上字第 12 號裁定：「惟觀諸民事訴訟法之修法歷程……除將原第 255 條第 1 項但書之兩種情形分列二款¹⁰⁷，及將第 256 條所列「不變更訴訟標的而補充或更正事實上或法律上之陳述」以外之各款（即原第 256 條第 2 至 5 款¹⁰⁸）移列至第 255 條第 1 項但書各款外，並增列「請求之基礎事實同一」，亦得為訴之變更或追加，足見第 2 款之「請求基礎事實同一」係在第 5 款「該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人」後始增訂，堪認立法者未將追加當事人限縮於第 5 款之情形，而排除第 2 款之適用，否則增訂在後之第 2 款即可規定「但當事人非同一者，不在此限」。佐以該法第 255 條修正時，司法院提案理由明載：「…一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違，因此有放寬訴之變更追加限制之必要，故除…外，另增一款規定」，該提案並經立法院司法委員會審查照案通過，且經立法院院會二讀、三讀通過，有立法院院總第 243 號政府提案第 6533 號之 1 議案關係文書、民事訴訟法部分條文修正草案審查會通過條文對照表、立法院公報第 89 卷第 9 期院會紀錄可稽，益徵立法者無欲限縮「請求基礎事實同一」之要件，故追加被告辯稱該款之追加不包括當事人之追加，洵屬無據」。

¹⁰⁶ 同旨：最高法院 102 年度台抗字第 1031 號裁定、臺灣高等法院 97 年度抗字第 972 號裁定、臺灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 68 號裁定。

¹⁰⁷ 「經被告同意」或「不甚礙被告之防禦及訴訟之終結」

¹⁰⁸ 「擴張或減縮應受判決事項之聲明」、「因情事變更而以他項聲明代最初之聲明」、「該訴訟標的對於數人必須合一確定者，追加其原非當事人之人為當事人」、「訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據者，並求對於被告確定其法律關係之判決」。

就此問題，最高法院針對民訴法第 255 條第 1 項第 2 款是否得適用於「當事人追加」的問題作成 106 年度第 13 次民事庭決議。決議就此爭議有三種見解，甲說認為同條項第 2 款之適用範圍應僅限於「原當事人間」追加之訴與原訴基礎事實同一的情形，在他造與被追加之人同意外，僅得以同條項第 5 款為追加。乙說則認為「當事人」既為訴之三要素，並且民訴法第 255 條第 1 項第 2 款未限定僅得適用範圍於訴訟標的，因此肯認得據此款為追加。此外該說尚認為所謂「請求之基礎事實同一」之意涵應為「變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求所主張之利益在社會生活上可認係屬同一或關連之紛爭，而就原請求之訴訟及證據資料，於繼續審理時，在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求得在同一程序中一併解決，避免重複審理者，即屬之」以利紛爭一次解決及節省法院與當事人勞費之目的達成。

決議最終所採的丙說雖亦採取肯定結論，但在論述上僅提及第 255 條第 1 項第 2 款「因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加」，就請求基礎事實同一的內涵而言，似乎採取判決基礎事實同一說，並且另加上「無礙對造防禦權」之要件。

實務見解基本上承認得以第 2 款為追加，學說並略將適用第 2 款的判決分類為連帶責任型與擇一義務型（新舊被告應擇一對原告負義務）¹⁰⁹。以下遂借用此分類進行案例分析。

（二）連帶責任型

1、連帶債務人之追加

有關連帶責任型的共同訴訟之事實關係，皆可略為：原告 X 向 Y1 主張損害賠償責任，嗣於訴狀送達後追加 Y2 請求為連帶賠償責任，該連帶責任或依民法第 28 條、185 條、188 條、公司法第 23 條。

就連帶債務人之追加，最高法院有認為因第 2 款僅得適用於原當事人間，故無庸依個案判斷是否該當，參照最高法院 103 年度台抗字第 39 號裁定：「按訴狀

¹⁰⁹ 陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 8。

送達後，原告追加原非當事人之人為原告，除訴訟標的對於該人必須合一確定者外，非經他造及該人同意，不得為之，此觀民事訴訟法第 255 條之規定即明。又同條第 1 項第 2 款所謂請求之基礎事實同一，係指原當事人間，追加之訴與原訴之基礎事實同一而言。查相對人於第一審追加 Y2 為備位原告，請求再抗告人連帶負損害賠償責任，其訴訟標的對相對人、Y2 非必須合一確定，且再抗告人不同意相對人訴之追加，自不應准許，同旨亦可參照同院最高法院 102 年度台抗字第 1031 號裁定，除了不允許依第 2 款為當事人追加外，其更否認於第二審之連帶債務人追加。在臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會民事類提案第 36 號的「初步研討結果」中更是基於僅有在第 5 款有合一確定必要時始得為當事人追加的前提，將連帶債務人排除於必要共同訴訟之外，並更進一步排除基於第 2 款追加連帶債務人的可能¹¹⁰。本文於前述所提及之最高法院 91 年度台抗字第 8 號裁定，亦認為連帶債務人並無合一確定必要，因此不得適用第 5 款為被告之追加，其未另就第 2 款判斷得否追加，似亦基於同一立場。

然肯認第 2 款得追加連帶債務人者，則可參照最高法院曾於 80 年第 5 次刑事庭會議（二）決議中，認為負連帶賠償責任的僱傭人應屬必要共同訴訟人，故得依合一確定必要作為追加被告之事由。此外，亦可見不少最高法院肯定以第 2 款判斷連帶債務人追加之合法性的案例，如 105 年度台抗字第 499 裁定即謂：「所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用者而言。又連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付，民法第 273 條第 1 項亦定有明文。本件抗告人主張上開刑事判決認定相對人僱用 Y2、Y3 以怪手盜採抗告人所有坐落系爭土地純質砂土，且相對人係受僱於 Z 公司，而依民法第 185 條規定，主張 Y2 等三人應與相對人負連帶賠償責任，乃追加 Y2 等三人為被告；就其追加被告所主張之事實與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性」¹¹¹。下

¹¹⁰ 該提案並未作成最終研討結果，而建請司法院轉由最高法院再行研究。

¹¹¹ 其他例如同院 99 年度台上字第 1350 號裁定、98 年度台上字第 2377 號裁定、95 年度台上字第 1836 號裁定、91 年度台簡抗字第 33 號裁定、90 年度台抗字第 287 號裁定；否定合法性者 105 年度台抗字第 176 號裁定、104 年度台抗字第 202 號裁定、101 年度台抗字第 390

級審對追加事由雖有歧見，但是結論上皆允許追加。例如高雄地方法院 103 年度重訴字第 31 號判決認為共同侵權人得基於第 2 款請求之基礎事實同一追加；但士林地方法院 104 年度訴字第 383 號判決反而將共同侵權人之追加視作類似必要共同訴訟人之追加：「經核原告主張被告應依共同侵權行為之法律關係對原告連帶負損害賠償責任，按債權人以連帶債務人為共同被告提起給付之訴，係屬類似必要共同訴訟，該訴訟標的對於數人必須合一確定，是原告追加 Y2、Y3、Y4 為被告，與民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款之規定並無不合」，因此適用第 5 款。

對於實務上之歧見，首先本文認為第 2 款不得追加當事人之見解並不可採。誠如本文於第二、三章所強調，第 2 款請求之基礎事實同一之立法目的乃是為求紛爭解決擴大的機能，而所謂解決之「紛爭」，應不限於同一當事人之間的紛爭；其次本文認為第 2 款應得為連帶債務人之追加。誠然，連帶債務之共同訴訟究竟屬於類似必要共同訴訟或普通共同訴訟一事，不論於學理或實務上皆有所爭議，更關涉反射效理論之承認。

其次，本文認為結論上應得將連帶債務人作為被告追加之。在檢驗追加之事由上，本文認為雖然連帶債務之共同訴訟在共同法律關係成立基礎即「主債務存否」有共通爭點，而「審理」上有類推適用第 56 條的必要。然誠如於前述第二節、第三項、三、(二)所述，於「追加」之層面上既然有第 2 款之存在，即無須在無法律漏洞的情形下刻意類推適用第 5 款為追加。要之，於主債務存否上，訴訟資料可重複利用，即得依第 2 款為追加。縱使於共通爭點外尚有爭執連帶債務人之個人關係，於主債務存否的訴訟資料上具有重複利用基礎之故，本於關聯紛爭一次解決之修法要旨，仍可依第 2 款為追加。例如新、舊被告分別為侵權行為人與侵權行為人之僱用人，新被告除爭執受僱人的侵權行為責任外，就民法第 188 條成立要件之選任監督關係上亦為抗辯，就該追加而言，關於受僱人是否成立侵權行為審理之訴訟資料，可重複利用於民法第 188 條之判斷，故得依據第 2 款為追加。換言之，「請求之基礎事實同一」作為一種獨立於共同訴訟類型論的

號裁定、99 年度台抗字第 859 號裁定、98 年度台抗字第 286 號裁定、92 年度台抗字第 505 號裁定。以上皆參照自陳瑋佑，前揭註 109，頁 9。

法律概念，應可用於處理在傳統共同訴訟分類無法解決之中間類型。



2、連帶保證關係之追加

(1) 追加主債務人

原告 X 本起訴連帶保證人 Y1 為借款返還，嗣後追加主債務人 Y2 為被告之案例，如臺灣高等法院 91 年度重上字第 330 號判決：「本件被上訴人即追加原告 X 銀行起訴請求原審共同被告即追加被告 Y2 返還借款，並由保證人即上訴人 Y1 連帶給付，因被上訴人於原審漏未請求連帶，是以原判決命 Y1、Y2 應（共同）給付土地銀行 2869 萬元本息、違約金，Y1 以渠未為連帶保證之個人關係提起上訴，Y2 未上訴，被上訴人於本院追加請求 Y1、Y2 應連帶給付，經核對於 Y2 部分，係經 Y2 同意且其請求之基礎事實同一，對於 Y1 部分係擴張應受判決事項之聲明，依法應予准許」。此時，法院係依第 2 款允許追加。

(2) 追加連帶保證人

而原告 X 本起訴主債務人 Y1 為被告請求借款返還，而嗣後追加連帶保證人為新被告，允許之案例如下：

在臺北地方法院 92 年度訴字第 2130 號判決中，舊被告 Y1 與原告 X 銀行締結消費借貸契約時，請 Y2 擔任系爭借款之連帶保證人。X 向 Y1 起訴履行債務後，聲請追加連帶保證人之 Y2。法院認為「原告於訴訟程序進行中追加被告 Y2 為被告，均係請求返還同筆之消費借貸款，請求利益之主張可認為同一，於證據上有其共通性，並得於同一訴訟程序一併解決爭議，顯然基礎事實相同，原告追加被告 Y2 為被告，應予准許」。

又例如臺灣高等法院 100 年度上更(一)字第 74 號判決，舊被告 Y1 與訴外人 Z1 生前為主債務人 A 公司連帶保證其與原告 X 銀行之借款，X 銀行起訴 Y1 履行債務後，聲請追加 Z1 之繼承人 Y2、Y3、Y4。法院以為，「追加被告雖不同意訴之追加，惟上訴人追加之訴與原訴均係本於繼承 Z1 保證債務之同一原因事實，就原請求主張之事實及證據資料得以利用，統一解決紛爭，揆諸前開說明，應許上訴人為訴之追加」。

上開兩則判決中，法院皆認為此追加係基於同一保證債務的基礎事實，亦依第 2 款允許追加。然而另一方面，不論係追加主債務人或者連帶保證人者，實務皆未以第 5 款為追加之依據，似乎即認為主債務而言，主債務人與連帶債務人之間並無合一確定必要。雖然，向來實務對於連帶保證之是否屬於連帶債務一事有所爭執。然自保證契約的從屬性來看，債權人僅得受一次清償，係為擔保另一給付義務（主債務）之履行，而於債務人給付後可依法律規定承受債權人對第一債務人之債權；然連帶債務則具有履行共同體之性質，其中一人之給付將使其他債務人之給付義務歸於消滅¹¹²。因此本文認為連帶保證關係之被告追加不應以屬於連帶債務之前提展開論述。

至於應依何款為連帶保證關係之被告追加，依本文見解，應可適用第 2 款。首先，連帶保證中對於「主債務人（或保證人）是否清償」之爭點，應於連帶保證人與主債務人之間有合一確定必要，而不得為矛盾認定。蓋若主債務人已清償，即影響連帶保證人是否得依從屬性援引主債務之權利消滅抗辯事由（民法第 742 第 1 項）；若連帶保證人已清償，則其應承受債權人對主債務人之同一債權（民法第 749 條）¹¹³。惟其終歸係「爭點」上之合一確定必要，不得適用第 5 款，但關於「主債務人（或保證人）是否清償」的訴訟資料應可重複利用，故應依第 2 款即得為被告之追加。

其次，若爭點尚存在於「連帶保證債權不存在」，雖未有合一確定必要，而可獨立判斷，蓋主債務人不得援引保證債務所生之抗辯事由。惟此時因關於主債務存否之審理仍有訴訟資料上重複利用可能，故仍可依第 2 款為之。

最後在第二審追加之問題，依照實務之見解，若是於第二審「依第 5 款」追加當事人，似可無視新當事人之審級利益，亦即毋須同意即可為追加。例如最高法院 106 年度台抗字第 1034 號裁定：「又在第二審程序，追加原非當事人之人為當事人者，除民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款所定情形外，因影響原當事人及被追加為當事人之人之程序利益或審級利益，應得他造及被追加為當事人之人同意，始為合法，此觀民事訴訟法第 446 條第 1 項規定即明」。但是在連帶責任型

¹¹² 楊淑文，前揭註 97，頁 42-44。

¹¹³ 楊淑文，前揭註 97，頁 37-38。。

之追加上，由於被追加之人本非受判決效力所及者，其程序利益與防禦利益與自始起訴時共同列為被告有所差異¹¹⁴，故應視有無妨礙其審級利益之情事，在新被告未能參與第一審程序時，應取得其同意始得追加。更何況，既然在第二審依第 2 款追加之情形，亦有注意新被告審級利益保障之必要(參後述第五章、第二項)。要不得因追加事由之不同，即對於審級利益之保障有差別處理。

(三) 擇一義務型

擇一義務型案例主要係原告 X 無法確定系爭權利義務之相對人究應為被告 Y1 或 Y2 之情形，遂於起訴 Y1 後追加 Y2 為備位被告的主觀預備合併之訴。例如最高法院 102 年度台抗字第 518 號裁定中，原告 X 向舊被告 Y1 合夥團體請求票款，嗣因審理過程中對於 Y1 究竟為合夥或獨資商號有所疑慮，遂追加 Y1 之法定代理人 Y2 為「備位」被告。對此法院謂：「同法第 255 條第 1 項第 2 款所稱之「請求之基礎事實同一」者，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點共通，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之，俾達紛爭一次解決及節省法院與當事人勞費之目的。本件抗告人於原法院追加 Y1 即 Y2 為被告，仍本於原有之法律關係，請求給付 400 萬元本息，依上說明，其請求之基礎事實似屬同一。倘 Y2 並非 Y1 醫院之合夥人，抗告人於原法院追加 Y2 為被告，核與民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，即無不合」。其他相類案例，參照同院 102 年度台抗字第 227 號裁定(合夥或獨資商號應負不動產返還義務)、同院 100 年度台抗字第 956 號裁定(複數機關之一應負移轉登記義務)、同院 95 年度台上字第 527 號裁定¹¹⁵；實際以第 2 款判斷追加合法性但否認者亦有之¹¹⁶。

此類案例中，原告 X 與 Y1 或與 Y2 之間應屬於一互斥關係，而無同時成立

¹¹⁴ 沈冠伶，前揭註 35，頁 265。

¹¹⁵ 參照自陳瑋佑，前揭註 109，頁 9。

¹¹⁶ 最高法院 100 年度台抗字第 833 號裁定(帳戶名義人或帳戶實質使用人應負金錢返還義務)、同院 90 年度台抗字第 290 號裁定(數人之一應作為定作人負報酬債務)。參照自陳瑋佑，前揭註 109，頁 9。

對 Y1、Y2 之請求可能。原告 X 最初係因某一特定紛爭而主張 Y1 或 Y2 為義務履行，除了被告之身分外，其他訴訟審理資料具有極高的重複利用可能。以前開最高法院 102 年度台抗字第 518 號裁定為例：X 確定其所持本票之立據人為 Y1，因此縱使追加新被告 Y1 之法定代理人 Y2，就本票是否屬偽造等爭執審理亦可謂完全重疊。要之，此類案型應可以第 2 款為被告追加。

然而誠如原告追加所提及之〈契約真正締約人〉之類型，既然在先、備位請求具有擇一關係時，可自其一請求之成立與否，即可當然推知另一請求是否成立。故於原告與先、備位被告之間，實質上處於某程度之對立狀態而形成「三面對立關係」，應類推適用第 54 條第 2 項規定，準用第 56 條¹¹⁷。因此具有類似合一確定之關係，為避免實體法上規範內容衝突，於「審理」上雖有準用第 56 款之必要。但是在「追加」方面，由於審理契約成立之事實上，應有重複利用訴訟資料之可能，即屬第 2 款之適用範圍。因此上述諸判決中以第 2 款允許追加備位原告，應屬可採。

第二項 日本法

由於日本法有關追加被告的問題與最高裁昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決¹¹⁸（下稱昭和 62 年判決）息息相關，因此本文擬於開始分析日本法學說前說明該判決內容，以助於釐清相關爭議。

最高裁於作成昭和 62（1987）年 7 月 17 日第三小法廷判決後，基本上定調了否認追加當事人之原則。關於此判決事實簡要如下：X 代位訴外人 Z 向 Y1 主張購得土地有瑕疵，請求損害賠償。審理過程中被代位人 Z 與 Y1 之間就系爭土地所有權有爭執，雙方協議由 Z 支付和解金予 Y1 取得所有權。然而 X 認為在計算和解金過程中，證人 Y2 故意隱匿土地瑕疵而作成鑑定報告，遂於起訴後 4 年聲請追加 Y2 為連帶賠償。並且認為新舊兩訴在訴訟經濟上利益為同一，而未支付追加程序費用。對此聲請，一、二審皆認為該追加聲請係對 Y2 所提起的新訴，而不承認該主觀的追加合併，故 X 在經命補正後仍未納付費用後駁回追加。

¹¹⁷ 呂太郎，前揭註 82，頁 39 以下。

¹¹⁸ 民集 41 卷 5 号 1402 頁。

不服的 X 上訴至三審後，最高裁認為 X 對 Y2 起訴後應促請法院為合併辯論，而且縱然新舊兩訴在目的權利或義務上符合第 38 條共同訴訟要件，亦不當然得適用第 152 條第 1 項合併辯論規定。系爭合併不僅未於明文規定，即便承認，(1) 在新訴中得否當然利用舊訴之訴訟狀態即有疑問，未必符合訴訟經濟外；(2) 甚至將使訴訟更為複雜化；並且，(3) 有導致輕率起訴與濫訴的風險；(4) 更容易因新訴提起進而招來訴訟的遲延。綜上述，於此承認追加合併並不妥適。

第一款 學說見解

一、一般性地承認追加被告

誠如原告追加部分所述，由於日本法上並沒有就當事人追加為一般性明文規定，因此直觀上似乎容易傾向否定的結論。惟學說仍認為有承認的實益，蓋若將第三人作為當事人加入訴訟，藉由一次審理多數關係人間的紛爭，應有助益於訴訟經濟的追求與裁判矛盾的避免¹¹⁹。

先前提及，學說認為當事人之追加可區分為第三人主動加入訴訟的參加型與原當事人將第三人引進訴訟的引進型。而由原告追加第三人為被告，應屬後者。雖然對於要件上有細部差異，總地而論皆係認為應就原告得追加第三人作為共同被告一事予以承認。傳統學說認為，除了客觀合併的要件外，追加被告亦應符合共同訴訟的要件（日本民訴法第 38 條參照）。另外，由於涉及審級利益，原則上需在第一審言詞辯論終結前為追加。然而若是訴訟目的對第三人與當事人一方應合一確定時，依照日本民訴法第 52 條特別規定亦得於二審為之¹²⁰。

惟有加重要件論者以為，觀察「起訴時」為客觀合併時，雖然並不要求各請求間的關聯性，但是若是於「訴訟繫屬中」為訴之變更，依第 143 條應於請求基礎未變更始得為之；另外同樣作為「訴訟繫屬中」的反訴之提出，也要求反訴請求與本訴請求或防禦方法有所關聯（第 146 條參照）。從兩制度的內容來看可以得知，於「訴訟中」提起合併之訴時相較於「起訴時」更應加重其要件，因此追

¹¹⁹ 山木戶克己・前掲注（63）78 頁。

¹²⁰ 兼子一・前掲注（65）388 頁。新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂，第 5 版，2011）793 頁以下。

加被告除了第 38 條外，尚需於新、舊訴請求之間具有關聯性時始得為之。至於管轄同一與同種訴訟程序之要件，則與起訴時提起共同訴訟沒有差異¹²¹。

其他另有類推訴之變更說之見解，其認為雖然日本民訴法第 143 條係針對同一當事人之間的變更、追加規定，但是其與當事人追加相同，皆有著於訴訟中變動的共通性。且第 143 條所稱之請求基礎同一，應亦得以第 38 條前段「訴訟目的之權利義務於數人間共通」具體化其定義；惟第 38 條後段「基於同一事實上、法律上之原因被訴」、「同種訴訟目的之權利義務，且同種事實上、法律上之原因」因容易將被告牽扯至無關係的訴訟，並不包含於請求基礎當中。同時第 143 條但書所稱「顯著延滯訴訟程序之情形不在此限」，更得作為當事人追加的消極要件。因此若是符合第 143 條之要件，應可允許追加當事人¹²²。

尚有重大過失說主張，只要原告起訴時無重大過失而未列第三人為共同被告，即得正當化訴訟繫屬後的被告追加者¹²³。雖然此說側重於應致力避免原告未為充分調查即輕率地起訴的風險，然而此說亦被批評除了「重大過失」乃是一非常主觀的要件外，更忽略了縱使一同起訴新被告不見得對其不利益；縱使欠缺該要件會被認為過度注重原告的利益，但究竟在被告特定之義務上，應課與原告多大的責任，亦有不明確之處¹²⁴。最後，限定說認為，應將被告追加限定於「漏為一同起訴的固有必要共同訴訟被告」或「原告對被告具有擇一的法律關係」的情況下始得為之。此說雖然亦有反思從積極為紛爭解決之角度以觀，範圍上或有過狹之憾，但是從尚有法院裁定合併辯論一途以補強來看，此要件應可為最為妥適的解釋¹²⁵。

本文認為諸說當中，以類推訴之變更說較為可採。於現行法框架下，限定說或許最為妥當，惟其忽略法院裁定合併辯論之恣意性¹²⁶。傳統學說未意識到追加當事人乃是一訴訟繫屬中之行為，未予任何限制恐怕有導致原告輕率起訴之嫌。

¹²¹ 山木戶克己·前揭注(63)82頁以下

¹²² 坂原正夫「最高裁判事事例研究二六三」『慶應義塾大学法学研究会』61卷9号(1988)112頁。

¹²³ 宮川知法·前揭注(61)100頁。

¹²⁴ 坂原正夫·前揭注(122)112頁。

¹²⁵ 高橋宏志·前揭注(64)153頁。山本弘·前揭注(59)40頁，河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣，2009)727頁。以上諸說除加重要件說之外，皆為筆者自行取名。

¹²⁶ 詳參本節第二項、第二款、二。

但是若如同重大過失說將追加要件繫諸於原告之主觀狀態，在判準上也有落於模糊的可能。加重要件說從客觀的訴之變更與反訴為觀察對象，雖然提出新舊訴具有關聯性，惟並未進一步闡述關聯性之內涵為何。對此可以認為類推訴之變更說以第 143 條與第 38 條為綜合基準，應能有效地解決此漏洞。



二、 關於昭和六二年判決之評論

在最高裁所作成的昭和 62 年判決之後，由於其直接否認了主觀追加合併中最基礎的「由原告追加第三人為被告」的類型，因此引發學說的諸多評論。

(一) 以未繳納新訴費用作為否認前提

昭和 62 年判決認為由於原告 X 對第三人所提起的乃是「新訴」，因此以原告「未繳納新訴訴訟費用」為由，否認該案的主觀追加合併。此即表示判決認為新訴訟費用的繳納與否與主觀追加合併的合法性之間存在確實的關聯性。蓋所謂訴訟費用應係基於主張該訴之經濟利益為計算基礎（關於民事訴訟費用等法律第 4 條、民事訴訟法第 8 條、9 條參照），因此在起訴時為客觀或主觀合併時，若經濟利益有共通部分，依照所謂「吸收法則」並無重複繳納的必要。至於具有後發性質的追加合併應如何解釋？由於在客觀追加合併（訴之變更）的部分同樣適用吸收法則之故（參照關於民事訴訟費用等法律別表第 1 的第 5 項），於經濟利益共通之前提下毋需再行繳納訴訟費用。雖然主觀追加合併與訴之變更不同，前者於法源上因欠缺明文依據，直接為同樣處理於說理上恐有困難。但是若承認主觀追加合併，在新舊兩請求亦具有經濟同一性時，即可和起訴時提起主觀合併相同，依第 9 條第 1 項但書吸收法則無需再行繳納訴訟費用¹²⁷。又或者在得補正舊訴狀後於新訴利用的情形下，得重複為印紙（繳納訴訟費用文書）的使用。僅此以觀，便得以減少當事人的負擔¹²⁸。反言之，若是否認而導致原告必須另外起訴達到合併辯論後共同審理的結果，將會導致原告多另外負擔提起他訴的訴訟費用。

¹²⁷ 高橋宏志・前掲注（64）147 頁以下。

¹²⁸ 福永有利・前掲注（144）559 頁以下など參照。

蓋即使合併辯論的各請求具有共通的經濟利益，仍需分別計算訴訟價額¹²⁹。

少數說以為，即便認定該聲請為新訴的提起，若是可將「提起新訴後立即合併」的情況解釋為免於重複繳納訴訟費用，那麼程序費用的問題與主觀追加合併之合法性的問題似乎將可劃分。蓋若是承認主觀追加合併，按照昭和 62 年判決之邏輯，於合併後裁定分別辯論的情形即可無需再繳納另一筆訴訟費用，並不合理。要之，究竟是否應繳納新訴費用，應該是由法院裁定是否合併辯論後才決定的問題，而非倒果為因，在原告提起新訴後便立刻命補納訴訟費用，而不先予裁量合併辯論與否¹³⁰。

（二） 合併辯論制度應無法取代追加被告

相對於前述學說多承認一般性的追加被告外，少數學說認為原告提起他訴後合併辯論的方法，其實能夠達成與主觀追加合併幾乎相近的實益與效果，故沒有另外承認主觀追加合併的必要¹³¹。不過該說係以被告數人中其一應對原告履行義務的「擇一關係」作為立論基礎，並且亦以原告具有聲請合併辯論的權利為前提，因此是否完全妥適，非無可議。近期學說則更強調原告不論以追加甚或提出合併辯論以追加第三人時，由於並非基於第三人之意思，或有可能損害其程序利益。並且從司法資源的角度來看，主觀追加合併後尚有無法當然將舊訴訟之訴訟狀態於新訴利用的弊害。因此，除了在固有必要共同訴訟的情況下起訴合法性的要求優先之外，原則上不宜承認未明文的主觀追加合併¹³²。本文為了檢驗此說之正當性，擬於下述分析日本法合併辯論制度與主觀追加合併之關聯。

1、 合併辯論制度概要

首先簡要說明日本民訴法合併辯論制度概要。關於日本民事訴訟之合併辯論規定於第 152 條，係指以同種訴訟程序前提（第 136 條參照），結合了在同一官

¹²⁹ 五十部豊久「主觀的追加的併合」『別冊ジュリスト』115 号 360 頁。

¹³⁰ 福永有利「訴えの主觀的追加的併合の拒否」『ジュリスト』889 卷（有斐閣，1987）69 頁。

¹³¹ 滝川叡一「請求の主觀的択一關係と共同訴訟」本井巽＝中村修三編『民事実務ノート』2 卷 141 頁など（判例タイムズ社，1994）。

¹³² 伊藤眞・前掲注（58）636 頁，河野正憲『民事訴訟法』727 頁（有斐閣，2009）。

署的法院中各自繫屬的數個請求，以同一訴訟程序審理或判決的制度。不論原告最初是否基於第 38 條（主觀）、136 條（客觀）為訴訟合併，只要在各事件相互間具有「法律上的關聯」¹³³，即能共通進行辯論與證據調查。由於一次性地完成該程序，對法院或當事人而言能夠避免裁判的矛盾與牴觸¹³⁴。但是，從昭和 62 年判決來看，即便符合第 38 條的要件，也不當然得為合併辯論。因此似乎可以認為所謂「法律上關聯」之內涵，相較第 38 條而言係更加嚴格的概念。

而合併辯論後的判決作成，若是訴訟已達得為裁判程度，依日本民事訴訟法第 243 條第 1 項，原則上法院應以一個判決為裁判。但若合併之數個訴訟之一已達到的為裁判程度，則可僅就該訴訟為終局判決（同條第 3 項準用第 2 項）¹³⁵。上訴部分，除了必要共同訴訟必須避免裁判矛盾與牴觸故服膺於上訴不可分原則外，應適用第 39 條共同訴訟人獨立原則。

多數學說上認為合併辯論尚包含「判決之合併」概念。原則上，合併辯論預設的狀況是合併後一同進行辯論與證據調查的情形，因此若是應合併之兩訴卻未合併，各別審理至達於可為終局判決之程度時，原則上似乎不得為之。然而若是兩訴具有共通爭點，此時為求於上訴審能夠將兩訴於同一程序中處理，應可有效地防止二重審理與裁判矛盾的問題，因此此時應可為判決之合併。此說在欠缺法律依據之情況下，將其視作一種「創設性的程序裁量」。具體上的事例如債權人雖一同起訴主債務人與連帶保證人，卻因送達關係分離辯論，各自辯論後終結時，即有承認判決合併之必要¹³⁶。惟亦有反對見解認為此說過於以便宜角度思考，是否合於當事人之意思亦有疑慮。況且，此時應如何判斷上訴利益之有無，亦有不明確之處¹³⁷。對此批評，論者雖未正面回應，但也認為縱使不承認判決之合併，若就已終結辯論之部分再開辯論程序以作成合併裁定，亦能達到相同目的¹³⁸。

¹³³ 秋山幹男＝伊藤真＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彥『コンメンタル民事訴訟法 III－口頭弁論の併合等§152』312 頁（日本評論社，第 1 版，2008）。

¹³⁴ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法』276 頁（有斐閣，第 3 版，2018）。

¹³⁵ 「I 法院於訴訟已達得為判決之時，為終局判決；II 法院於訴訟之一部分已達得為判決時，得僅就該部分為終局判決；III 前項規定，於命言詞辯論合併的數訴訟之一已達得為判決時、本訴或反訴已達得為判決時，準用之。」

¹³⁶ 新堂幸司・前掲注（120）558 頁以下。伊藤真・前掲注（58）284 頁。

¹³⁷ 梅本吉彦・前掲注（71）577 頁。

¹³⁸ 伊藤真・前掲注（58）284 頁。



2、與主觀追加合併效果上並無差異

合併辯論後，學理上對於兩訴各自所為的辯論、證據調查結果是否即當然成為另一事件中的訴訟資料的問題有所爭議。採援用說者以為，辯論與證據調查結果須待當事人於合併後的言詞辯論予以援用始成為訴訟資料(證據部分則係以調查時的證據方法的形式為之)，並且亦強調必須保護未能於證據調查時在場者的程序利益¹³⁹；書證說則認為合併前的證據調查屬於別一事件，而在別一事件相互間的證據調查利用方式有賴於以書證方式調查證據調查的筆錄；居於通說地位的併合效果說則認為此時與最初即以同一訴訟起訴無異，不待援用即可成為訴訟資料¹⁴⁰。不過即便採取援用說或書證說，通常會將當事人聲請合併辯論的情形視作有默示援用的意思表示，因此兩者差別並不大¹⁴¹。

然而不論採取何說，日本民訴法已於平成 8 (1996) 年增訂第 152 條第 2 項：「法院於當事人相異之事件中命合併辯論時，針對先前訊問之證人，依未能有訊問機會的當事人所提出訊問聲請，應為訊問」。依照此條，對於未能於合併前辯論、證據方法有防禦權行使機會之當事人而言，有助於其能夠在訴訟上為正當的防禦。蓋當事人若是未再次訊問，該證人所為證言將成為證據資料，恐有對其產生顯著不利益之虞¹⁴²。惟在該證言與當事人之請求欠缺關聯性的情況下，法院得不再次訊問。另外除證人之外，在合併前對當事人本人的訊問，法院亦應為適正裁量再次訊問¹⁴³。不過文獻上也強調，縱使承認主觀追加合併，亦不當然表示舊訴訴訟狀態得逕自於新訴利用，其所採取的審理方式，結果上與合併辯論並無不同¹⁴⁴。因此可以得知，兩制度的決定性差異並不在於效果面的問題。

¹³⁹ 新堂幸司＝上原敏夫「口頭弁論の併合等」兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成『条解民事訴訟法』930 頁（弘文堂，2011）。

¹⁴⁰ 井口牧郎「証人尋問と弁論の併合分離」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法上卷』（青林書院新社，1970）290 頁以下。

¹⁴¹ 秋山ほか・前掲注（133）314 頁。

¹⁴² 秋山ほか・前掲注（133）314 頁以下

¹⁴³ 『一問一答新民事訴訟法』法務省民事局參事官室編（商事法務研究会，1996）155 頁。轉引自秋山ほか・前掲注（133）316 頁。

¹⁴⁴ 福永有利「任意的当事者変更」『民事訴訟法当事者論』（有斐閣，2004）544 頁以下。最判昭和 41 年 4 月 12 日民集 20 卷 4 号 560 頁參照。



3、欠缺對於合併審理的保障

論者雖以為，是否承認主觀追加合併也僅僅是將決定兩訴合併的時點置於事前或事後¹⁴⁵的問題，不過細究兩制度後可以發現最大的區別實益應在於**當事人有無決定合併兩訴的權限**。於昭和 62 年判決中，法院雖謂應由原告另外提起新訴後合併辯論方式即足，進而否認主觀的追加合併。惟決定合併辯論與否乃是繫諸於法院的裁量權限（第 152 條第 1 項參照），故可以得知**合併審理對原告而言並非必然受保障的結果**¹⁴⁶。雖然，在**部分情況下法院負有踐行合併辯論的義務**，例如第 41 條第 3 項規定聲請同時審判的共同訴訟；或者在固有必要共同訴訟的情況中，原告漏未起訴其他應為被告之人而另提起新訴時，法院應命合併辯論否則屬裁量權怠惰的程序違法¹⁴⁷；於類似必要共同訴訟的情形，於其他實體法規定中（如公司法第 837 條¹⁴⁸、關於一般社團法人與一般財團法人之法律第 272 條¹⁴⁹等¹⁵⁰）亦有明文要求法院此時應為合併辯論，俾使程序合法¹⁵¹。學說上並主張，法院若是違反其裁量義務，判決應屬違法¹⁵²，應先將該作成判決撤銷後，再於後事件合併，若是該判決已確定，則後事件即受其拘束¹⁵³。縱使如此，**本文仍認為，除此之外的類似必要共同訴訟類型以及普通共同訴訟，由於無法保證兩訴的合併辯論，因此將大幅減低紛爭統一解決與避免裁判矛盾的機能**。事實上，在有關合併辯論的相關實證研究中，可以發現實務在具有多數當事人的兩訴之間，也不必必然導向裁定兩訴為合併辯論的結果¹⁵⁴。因此如果事先性地承認主觀追加合併，由

¹⁴⁵ 所謂事前事後，應分別指涉由當事人主動或法院決定合併與否的問題。

¹⁴⁶ 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）－前注§§59-63』16 頁〔上田竹志〕（有斐閣，1992）。

¹⁴⁷ 竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）－口頭弁論§132』191 頁〔加藤新太郎〕（有斐閣，1992）。

¹⁴⁸ 「關於以同一請求為目的的公司組織之訴訟有數個同時繫屬時，其辯論與裁判必須合併。」

¹⁴⁹ 「關於以同一請求為目的的法人之訴訟有二個以上同時繫屬時，其辯論與裁判必須合併。」

¹⁵⁰ 其他類似法律如民事再生法第 146 條第 1、2 項、公司更生法第 152 條第 6 項、人事訴訟法第 8 條第 2 項、第 17 條第 2、3 項。

¹⁵¹ 伊藤眞・前掲注（58）283 頁。

¹⁵² 新堂幸司・前掲注（120）557 頁。

¹⁵³ 新堂幸司＝上原敏夫『条解民事訴訟法－口頭弁論の併合等§152』兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成著（弘文堂，第 2 版，2011）930 頁。

¹⁵⁴ 酒井博行「訴狀・答弁書および送達關係」民事訴訟実態調査研究会（代表竹下守夫）編『民事訴訟の計量分析（続）』（商事法務，2008）206 頁以下。

於其當然產生合併的效果，將可保障當事人追加合併審判的權利¹⁵⁵。

不過，若是仍按照昭和 62 年判決的邏輯而貫徹否定主觀追加合併的立場，最後問題將落於「**是否承認並且如何保障當事人有聲請合併辯論的權利**」。首先，合併辯論將有助提升當事人發現真實、訴訟促進以及訴訟經濟（特別是訴訟費用部分）等程序利益¹⁵⁶，但在現行法欠缺明文保障當事人提出合併權利的依據下，似乎可自**公正程序請求權**為基礎，亦即當事人除了單純地「受有判決」外，尚被保障可積極地要求適正、迅速、低廉的訴訟程序。併合前述合併辯論對當事人的程序利益來看，保障當事人合併辯論之機會亦應屬該請求權的射程範圍。並且，所謂合併辯論不限於與他訴間的合併，**更包含在既存訴訟中提起追加**。而若是公正程序請求權受有侵害，亦可考慮以提出抗告作為侵害程序權之制裁¹⁵⁷。

（三） 訴訟遲延、濫訴與輕率起訴

此外，昭和 62 年判決認為承認主觀追加合併有導致訴訟遲延、輕率起訴與濫訴可能。確實在該案中，原告於起訴後將近 4 年始提出追加的聲請，難謂無導致訴訟遲延之虞。但僅以此個案便一概否定所有的主觀追加合併，似乎並不恰當。對於判決之顧慮，學說認為不妨反向思考：先行承認主觀追加合併，嗣後發現有遲延、輕率起訴或濫訴之虞時，**再分離為兩訴進行辯論**（第 152 條參照）亦無不妥之處¹⁵⁸。

第二款 實務—否定被告之追加

一、 昭和六二年判決的否定立場

日本實務上向來不喜多數當事人訴訟，比起「主觀的追加合併」，多偏好由當事人另外提起他訴之後再行合併辯論的做法¹⁵⁹。作為極少數**承認追加當事人之**

¹⁵⁵ 井上治典「被告による第三者の追加」『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂，1981）174 頁。

¹⁵⁶ 齋藤哲「弁論併合における当事者の手続保障と裁判所の裁量（二・完）」『民商法雜誌』99 卷 5 期（1989）669 頁以下。

¹⁵⁷ 齋藤哲・前掲注（156）672 頁以下。

¹⁵⁸ 山木戸克己・前掲注（63）73 頁以下。

¹⁵⁹ 安西明子（2015）「主觀的追加的併合」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選』第 5 版 202 頁。

案例，可追溯自札幌高裁昭和 53（1978）年 11 月 15 日判決¹⁶⁰。案例事實為原告 X 主張北海道警察 Y1、Y2、Y3 違法行使職務致使其受有損害，本僅起訴 Y1 的 X，於一審程序中提出「聲請變更請求旨趣」的準備書面載明向 Y2、Y3 與北海道廳請求損害賠償，原審認為該請求不適法而駁回之。二審則以為，該準備書面實質上具有將 Y2 等人作為被告起訴之意思，係在該訴中的被告追加。若是符合主觀、客觀的合併要件，應以適法論之。此外姑且不論有無就該追加為合法性判斷，原審也應行使闡明權命 X 補正請求原因以判斷作為「新訴」提起的合法性。

一般性否定追加當事人者，在早於昭和 62 年判決之前似乎即可在各級法院判決中隱約發現否定見解的蹤影。例如最高裁昭和 42（1967）年 9 月 27 日大法院判決，該案原告 X 主張被告 Y1 等三人無權占有其房屋請求返還勝訴。Y1 等敗訴後上訴二審時，主張 Y1 等人自參加上訴人暨系爭房屋所有權人 Y4 設定有租賃權的抗辯。法院認為此時始提出 Y4 相關的主張並將其引進訴訟，應屬故意或重大過失，而屬延遲訴訟的抗辯。下級審如大阪地裁昭和 46（1971）年 3 月 24 日判決認為，除了訴訟承繼的明文規定外，變更當事人有害於已繫屬訴訟的程序安定，故原則上不得為之。又判決進一步認為追加當事人係作為變更當事人的態樣之一，因此亦不得允許之。最後則是前述的昭和 62 年判決，其認為新舊訴訟狀態承繼的複雜化可能而有害於訴訟經濟外，另外尚有導致訴訟遲延、原告輕易濫訴等風險。故原告於此時應另行提起新訴，由法院為兩訴的合併辯論。

二、 合併辯論於實務上之運用

依大審院大正 12（1923）年 12 月 17 日判決¹⁶¹，在固有必要共同訴訟的情形，前訴中未將應成為當事人列為共同當事人者，雖有當事人不適格的瑕疵，但若嗣後對漏未一同起訴之人提起新訴，並且與前訴合併辯論後，該訴即為合法。雖然無法從判決文字中觀察出在固有必要共同訴訟之情形，法院應被課與裁定合併辯論的義務。但是既然在當事人適格性要求較低的部分類似必要共同訴訟類型

¹⁶⁰ 判夕 640 号 79 頁。

¹⁶¹ 民集 2 卷 684 頁。該案為原告對被告提起共有土地分割之訴訟，應以全體為被告始為適格。

亦有被要求履行合併辯論義務，依舉輕明重法理不妨為相同解釋。

惟實務上僅將第 152 條第 1 項作為一訓示規定，因此若是法院違反裁量合併辯論之義務，由於僅為「程序上」的違法，作成之判決不當然因而無效。（大審院昭和 8（1933）年 3 月 10 日判決¹⁶²參照）。並且，縱使當事人提出合併辯論之聲請，法院亦無應答之義務，對於辯論合併與否之裁定即使有不服，亦無法提出抗告（大審院昭和 12（1937）年 2 月 12 日裁定¹⁶³）。

關於合併前二訴各自的辯論與證據調查結果，是否得於合併辯論後發生效力一事，最高裁昭和 41（1966）年 4 月 12 日判決¹⁶⁴認為合併辯論前各自所為的證據調查結果，於合併後之事件中可解為證據資料，以作為共通的判斷資料利用之。最高裁昭和 43（1968）年 11 月 19 日判決¹⁶⁵亦陳明，合併審理數請求時，若是被原告所主張之事實與合併後有所關聯，應可作為各自請求的訴訟資料。要之，實務上咸認關於合併辯論前的證據資料與辯論結果，不待當事人援用即可作為合併後的訴訟資料。不過兩者亦未就其根據進行說明。

近期判決中運用合併辯論代替追加被告手段者，如名古屋地裁平成 27（2015）年 12 月 18 日判決：原告 X 發生車禍事故後，向保險公司 Y1 請求支付人身損害保險金。另外起訴 X 之配偶 Y1，主張 Y1 隱匿原告受領該筆保險金，致使 X 受有不能受領之損害。同樣地，法院在未明確說明理由的情況下，於 X 提起對 Y1 的後訴後，裁定兩訴為合併辯論。

自此以觀，已可得知合併辯論與否於實務上的運用情形相當地容易流於恣意，蓋即便於未恪遵合併義務時，亦不影響判決作成之效力；於無合併義務時亦無從得知合併之依據為何。更何況縱然知悉依據，當事人因無從提出抗告爭執，也僅得承受法院作成之裁定。最嚴重的是裁定合併辯論後，合併前各自證據調查與辯論結果亦直接於合併後程序中發生效力，惟後者在新法第 152 條第 2 項之作用

¹⁶² 大審院民集 12 卷 462 頁 該判決係以有關舊商法第 105 條第 2 項之命合併辯論之義務爭議，法院認為將「數個訴同時係屬時」解為「數個訴未辯論終結而同時係屬」有所不當，尚可命辯論終結後之事件再開辯論而合併辯論。然而法院縱使違反此義務，也僅為一程序上違法，不影響判決效力。『注解民事訴訟法（3）—弁論併合など§132』433 頁〔齋藤秀夫＝遠藤賢治＝小室直人〕（第一法規，1991）

¹⁶³ 法律新聞 4109 号 11 頁。

¹⁶⁴ 民集 20 卷 4 号 560 頁。

¹⁶⁵ 民集 22 卷 12 号 2692 号。

下，應能為一定程度的衝擊減緩。



第三項 兩國法之比較

第一款 合一確定必要之追加被告要件

一、 固有必要共同訴訟

我國實務就被告的固有必要共同訴訟而言，並無爭論地允許適用第 255 條第 1 項第 5 款。而〈遺產之權利行使〉中，因訴訟標的涉及對於繼承人主張其尚未分割的共同共有遺產，故於繼承人間應有合一確定之必要，得依第 5 款為追加。此外，由於任何人不得拒絕成為訴訟上被告，故縱令有一同起訴被告之必要，在漏未列為被告時逕自追加即可，無適用第 56 條之 1 的問題。

二、 類似必要共同訴訟

實務在類似必要共同訴訟中有部分意見反對第 5 款之適用，並也僅僅以此款係「用於補正當事人適格」作為理由，而此恰與學說反對見解相同，皆未能提出足夠充分的反對依據。但是誠如本文至今不斷提及，新法對於第 255 條所應有的機能乃是紛爭統一解決之強化，若是將第 5 款之機能弱化至僅得適用於固有必要共同訴訟，與修法目的背道而馳。本文既於類似必要共同訴訟的原告追加贊同肯定論者見解，認為第 56 條所稱合一確定必要既然被解釋為包含類似必要共同訴訟，本於平等原則，若特別在追加「被告」部分予以排除，從體系解釋觀點來看顯然無法自圓其說。基於上開理由，本文認為在類似必要共同訴訟之被告追加上，得依第 5 款允許。故關於本節〈確認債權存在〉之類型，因被告與第三人之債權存否應於訴訟標的上有合一確定必要，雖不必一同起訴，但仍可依第 5 款為追加。

三、 普通共同訴訟

(一) 原則：適用第二款追加

我國法在追加當事人（特別是被告）部分，在許多場合會利用到第 2 款請求基礎事實同一為追加事由。雖然本文在當事人之「變更」部分曾經提及，若是將

第 2 款排除於變更當事人事由之外，將使變更事由限縮於第 1、4、7 款，並不符合擴大紛爭一次解決的修正要旨，因此對於得以第 2 款為變更當事人之依據採取肯定態度。相對地，在當事人「追加」的情形，僅從第 255 條修正理由來看，似乎可以理所當然地將第 2 款納入追加當事人以符合修正要旨。不過由於尚有第 5 款合一確定作為追加事由，似乎又可以認為，既有第 5 款作為追加當事人之依據，則和變更當事人略有不同，不必然應將第 2 款納入追加當事人事由。惟本文認為，並非僅有訴訟標的有合一確定必要時，始有追加當事人，在訴訟資料得重複利用的情形，應可認為為了符合紛爭擴大解決之立法要旨，亦可依第 2 款為當事人之追加。

（二）主觀預備合併之訴：適用第二款追加

進一步論，關於〈擇一義務型〉即被告的主觀預備合併之訴的追加，本文則認為雖然在訴訟標的上並無合一確定必要。然而從原告與先、備位被告之間，實質上處於某程度之對立狀態而形成「三面對立關係」來看，即具有類似合一確定之關係。不過依照本文於主觀預備合併之訴的原告追加之見解（詳參第二節、第三項、第一款、（二）），應適用第 2 款為追加。

（三）中間類型共同訴訟：適用第二款追加

在本章最開始時曾提及，傳統學說對於解釋第 56 條的「合一確定」概念上所採取「必要」或「普通」共同訴訟二元架構的劃分標準，因於涉及灰色地帶案例中不敷使用，而有模糊化的傾向。典型案例如在本節作為檢討對象的連帶債務人、連帶保證人之追加，皆無法當然地按照傳統理論認為是否屬於必要共同訴訟，而對於得否以第 5 款追加一事亦有所爭執。

雖然本文反對日本實務上將可合併辯論之範圍限縮於固有必要共同訴訟與明文應合併辯論的類似必要共同訴訟，蓋其限制了原告將第三人納入訴訟以有效解決同一紛爭之機能，但不得不否認地也提供了極為明確的判斷要件。另外，日本學說所提出之類推訴之變更說更認為除了滿足第 38 條共同訴訟要件外，前後訴之間應具有請求基礎同一，以作為於訴訟繫屬中追加被告之要件，而並未以共

同訴訟類型為得否追加之表準。因此，我國向來以共同訴訟類型為得否適用第 2 款或第 5 款追加當事人之分類基礎，似乎反而有將問題複雜化之憾。對此反思，或許在最高法院 106 年第 13 次民事庭決議作成後，已有一定程度的印證。蓋決議係以追加連帶債務人為被告作為前提，肯認得以第 2 款為追加。從此脈絡觀察，結論上可以認為在追加當事人的情形，第 2 款應得作為在適用第 5 款不該當時的另一檢驗對象，而非如向來實務否定論者所認，若追加當事人得以基礎事實同一為依據，自無另為第 5 款規定之必要。

而實際檢討後，本文認為在本節中最具爭議的〈連帶債務型〉案例，雖然就其共同訴訟性質迭有爭執。但是在〈連帶債務人之追加〉中，若是具有「主債務成立」之共通爭點時，關於審理該主債務存否之訴訟資料有重複利用可能，應依據第 2 款為追加；縱使於此之外尚產生連帶債務人個人之關係所生的法律爭點，例如民法第 188 條要件中的「選任監督關係」等，本於審理其法律前提關係（主債務成立）上，亦具有訴訟資料重複使用之可能，得依第 2 款為追加。

相對地，〈連帶保證關係〉雖於實體上是否屬於連帶債務有爭議，但本文採取非連帶債務說。然而若是有「主債務人或連帶保證人是否清償債務」之共通爭點存在，因涉及連帶保證人之抗辯或對主債務人之求償權，雖然審理上可認為亦有合一確定必要，然畢竟非「訴訟標的」，而可認為該爭點之審理的訴訟資料具重複利用可能，得適用第 2 款為追加。縱使尚有爭點存在於「連帶保證債權不存在」，但是對於前提法律關係（主債務之清償）的審理而言，同樣具有訴訟資料重複使用可能，亦得依第 2 款追加。綜上可知，請求基礎事實同一作為獨立於共同訴訟的法律概念，應可處理「訴訟標的」無合一確定，但「爭點」上有合一確定必要的中間共同訴訟類型之當事人追加。

最後，結論上雖係依第 2 款為被告追加，但是本文認為在第二審之被告追加尚涉及審級利益的問題。上開類型依第 2 款為追加時，即須考量新被告是否有受到實質之審級利益保護而視新被告是否同意放棄審級利益。在新被告未能於第一審參與程序時，取得新被告之同意始得允許追加。更何況，共通爭點雖有合一確定之必要，但其判決效力並非基於法律規定，而係本於程序保障之擴張。要之，為了正當化此時的判決效力擴張，新被告之審級利益是否有充足保障即屬重要之

事¹⁶⁶。



第二款 日本法合併辯論之啟示—追加當事人之效果

從日本的昭和 62 年判決可以得知，實務上對於追加新當事人的消極態度，與學說廣泛承認各類型主觀追加合併的積極態度互相對立。針對判決主張「以合併辯論解決追加被告」的論旨，本文檢討日本的合併辯論法制後，認為與追加被告在兩點上有著關鍵差異，故不得取而代之。

第一為訴訟費用重複繳納的問題。在合併辯論的情況下，原告必須支付新、舊二訴的訴訟費用，然而審理的紛爭範圍卻具有高度的重疊，自法院所付出的審理勞力來看，似乎並不合理。又原告於無法於舊程序中追加被告的情況下，為求關聯之紛爭能夠解決，也僅得選擇另提起新訴，待合併辯論後支付新訴的訴訟費用。縱使認為此為原告起訴時漏列被告的「輕率起訴」等之制裁，未一律考量到原告特定正確被告的期待可能性，對於原告也未免過苛。

第二為合併辯論成立的不確定性。在實務的邏輯體系下，原告必須藉由合併辯論始得將第三人作為同一程序中的新被告。但是誠如前述，除了固有必要共同訴訟與法明文規定應合併辯論的類似必要共同訴訟，是否為合併辯論係有賴於法院的職權裁量。因此對於原告而言，其並無法確保提起新訴後，能否與舊訴合併審理。對此本文贊同日本學說見解，認為宜承認原告得於事先於舊訴中提出追加被告的聲請，並且得依據第 152 條作為聲請依據。誠然，昭和 62 年判決對於延遲訴訟、濫訴與輕率起訴的顧慮應有值得肯定之處。但是，除了學說所述的分離辯論外，若是能夠透過對於追加被告的要件設定，亦得對這些司法資源浪費的程序不利益發揮一定的防堵效果。

關於辯論合併後應如何使用舊訴遂行狀態的問題，過去曾有援用要否之爭，不過在日本民訴法第 152 條第 2 項制定後，由於法院必須給予新被告能夠有對未有機會訊問之證人再次訊問的機會，似乎已就該爭議為一定程度的解消。惟文獻上並未針對其他的證據調查方式（例如：書證、勘驗等）如何處理有說明，甚

¹⁶⁶ 沈冠伶（2014），〈爭點效之主觀範圍與第三人之程序參與〉，《台灣法學雜誌》，239 期，頁 90。

至是否亦得就第 152 條第 2 項予以類推，亦無法得知。

自上述以觀，日本合併辯論制度對於我國的追加被告之制度究竟有何啟發？首先，在合併辯論的要件上要求的是「高於日本民訴法第 38 條的關聯性」，並且似乎限於「固有必要共同訴訟與明文規定應合併辯論的類似必要共同訴訟」。就此點而言，可以認為僅就「將第三人納入同一程序」一點來看，**我國法在要件限制上仍較為寬鬆**，更得放寬至第 255 條的「請求之基礎事實同一」。誠然，把合併辯論之權限交予法院之手中，固然可謂係基於避免不必要地延滯程序進行所為的立法政策選擇。但是同時卻也將應合併辯論之範圍過度限縮，似可謂日本法對於當事人的程序主體權，特別是指**賦予當事人「能夠盡可能地透過同一程序為紛爭解決機會」**的角度以觀，尚有保障不足之憾。

效果面的部分，我國法多認為係由追加後成立必要或者普通共同訴訟來判別適用第 55 或 56 條決定。兩相對照下，日本法係從第 152 條為出發點保障新被告的在場權，對於我國法應有重大意義。首先，若判斷追加後為必要共同訴訟而適用第 56 條時，容易陷於如何判斷個別行為有利或不利的困局；其次，本文以為第 56 條的機能所以能夠有效發揮，**應係預設了共同訴訟人皆「同時」進行程序的重大前提**。然而在追加當事人的情形則有所不同，舊被告於追加前所做成的任何有利與不利行為，**新被告可能沒有機會參與之**（若是作為法定代理人、參加人等而有參與舊訴則另當別論），故直接適用第 56 條恐怕有些疑慮。要言之，在我國法下不宜單以第 56 條作為判別必要共同訴訟之追加的效果依據，而尚須併與個別判斷新被告是否有未能於舊訴參與機會，對於個別的事實主張、證據聲明者有無必要再次賦予爭執機會等。並且，此點不論於追加原告或被告皆得適用。



第五章 請求基礎事實同一之當事人追加

經過第二章法律性質的討論後，可以得知「請求基礎事實同一」概念在我國法體系下已然跳脫日本法所預設的適用範圍，亦即得據第 255 條第 1 項第 2 款為當事人之變更、追加。在第三、第四章分別檢討我國實務的當事人變更與訴訟標的合一確定的當事人追加案例後，更再度印證此事實。然而，「請求基礎事實同一」之要件實是參考日本法所得之產物，因此仍有必要就此分析於兩國法之差異，並且探究我國法對於請求基礎事實同一於當事人變更、追加所另外考量之程序法要素上，如何有別於訴訟客體之變更與追加。本章特別對「請求之基礎事實同一」進行實質探討。

第一節 請求之基礎事實同一概念

首先，本節擬先就第 2 款適用於客觀的訴之變更、追加時，相關學說進行整理，以利作為適用於當事人之變更追加之比較基礎。

第一項 台灣法

第一款 學說見解

一、 社會事實同一說

採取該說之學者認為，第 2 款所指請求之基礎事實同一應為「變更前後之法律關係（或訴訟標的）係基於同一社會事實」¹，或者即屬第 244 條第 1 項第 2 款訴狀表明之事實²。首先，我國增訂第 2 款乃是參考自日本民訴法第 143 條第 1 項：「原告以請求基礎未變更為限，在言詞辯論終結前，得為請求或請求原因之變更。但以不因此顯著造成訴訟程序之延滯為限」。其中，第 143 條條文所稱「請求」與「請求之原因」變更，分別指涉請求裁判之形式或請求裁判之法律關係（相

¹ 呂太郎（2016），《民事訴訟法》，頁 399，台北：元照。同旨：陳榮宗、林慶苗（2013），《民事訴訟法（上）》，修訂八版，頁 362，台北：三民。魏大曉（2015），《民事訴訟法》，頁 160，台北：三民。吳明軒（2016），《民事訴訟法（中）》，頁 834 以下，修訂十一版，台北：三民。

² 姚瑞光（2012），《民事訴訟法論》，頁 432 以下，台北：自刊。

當於我國訴之聲明)的變更、發生訴訟標的法律關係之原因事實的變更。「原因事實」乃是將社會事實經由法律評價後，便以特定特定訴訟標的之事實。而所謂請求之基礎事實則係為處理「不同訴訟標的之原因事實，但為同一社會紛爭事實」所創設之用語，要言之係將原因事實還原至法律評價前之社會事實。按若依當時日本通說所採之舊訴訟標的理論，即便社會事實為相同，若原告選擇之請求權依據不同，則因屬不同訴訟標的而被禁止為訴之變更。為了彌補舊訴訟標的理論依原因事實決定訴訟標的造成解決紛爭規模受限之缺點，於原因事實外另建立「請求基礎事實」，俾使「不同訴訟標的(原因事實)但為同一社會紛爭」得於原程序繼續審判³。

雖然，日本法於草案階段曾使用「請求之基礎事實關係」、「請求之基礎事項」的用語，嗣後雖因迴避事實記載說與法律要件說之爭⁴而改為現行條文，惟仍不影響該條係為了解決舊訴訟標的論衍生問題的結論。要言之，從上述日本立法沿革來看，我國既然選用請求之基礎「事實」同一的用語，更可認為在立法目的上係參考日本草案，以解決舊訴訟標的理論為該款目的。即便退步言之，認為該用語實乃出自最高法院 56 年度台上字第 3064 號判例：「不當得利返還請求權，與損害賠償請求權，法律上之性質雖有未同，但二者訴訟上所據之事實，則屬同一」，亦可認為，因為判例已明白區分侵權行為與不當得利的「法律關係」係不同請求權，但是皆基於同樣事實所生，結論上仍可認為所謂請求基礎事實同一為變更前後之法律關係(或訴訟標的)乃是基於同一社會事實之意⁵。

不過此說亦被質疑，第 2 款之起草過程中已可得知其立法旨趣並非僅謂解決新、舊訴訟標的理論之爭，而在謀求整體訴訟制度解決紛爭功能的擴大。在此前提下，以舊訴訟標的理論為論述基礎的本說，似乎與立法要旨相悖，而不應解釋為社會事實同一。並且所謂「請求」係指民訴法第 266 條第 1 項第 1 款

³ 呂太郎(2000)，〈原因事實與基礎事實〉，《台灣本土法學雜誌》，11 期，頁 148。

⁴ 過去日本曾對於「請求原因」究竟為何有所爭執，**事實關係說**(或稱事實記載說)認為應將事實關係之記載中支持原告請求者屬之；**法律要件說**(或稱特徵表示說、同一認識標準說、法律關係說)則認為必須要求訴訟目的之權利或法律關係足以和他者區別者使該當請求原因。中村宗雄「訴えの変更と請求基礎」民商法雜誌 3 卷 1 号(1936) 28 頁。

⁵ 呂太郎，前揭註 1，頁 401。

的訴訟上請求，與實體法上請求權不同⁶。而第 244 條第 1 項第 2 款所定之「原因事實」之表明，係為了特定訴訟，便於法院擬定本案審理及適用法律（為實體法之定性、價值判斷）之方針者，在概念上互有不同。因此請求基礎事實係指據以審判訴訟之基礎資料，依處分權主義、辯論主義或者闡明權之行使、爭點整理而被呈現於本案審理程序，並非當然包含未經此呈現手段，而存在於訴訟程序外之實體法上原因事實或社會生活上紛爭事實。最後，此說亦未就訴訟上兩造攻防所提事證、法院審判對象之訴訟資料、證據資料是否同一，作為論斷訴之變更、追加之判準，而將標準前置於訴訟前法律關係成立時之社會生活事實，將有可能過度限制或放寬訴之變更、追加之範圍，導致影響原告或被告之程序利益⁷。

二、 判決基礎事實同一說

社會事實關係說指出，日本在新訴訟標的理論的邏輯下，基於同一社會事實所生之請求，本為同一訴訟標的，縱使請求或請求原因不同，亦僅屬攻防方法不同。若是將請求基礎未變更解釋為社會事實同一，與新訴訟標的理論所不相容。因此新訴訟標的理論者便將請求之基礎未變更解釋為「訴訟資料」的同一⁸。此說又被稱為訴訟資料同一說。

我國採取判決基礎事實同一說者係參考此說所作成。其認為，所謂「請求」實與民訴法第 266 條 1 項 1 款之「請求」同義，皆指涉「**訴訟上請求**」（包含訴之聲明與訴訟標的）；而「基礎事實同一」，則為「**據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料（事實）同一**」之謂。由於審判所據之資料乃是經由處分權主義、辯論主義，或經由闡明權行使、爭點整理而呈現於本案審理程序，故不當然涵蓋未經此過程前存於訴訟程序外之實體法上原因或社會生活上之紛爭事實⁹。並且本款的「基礎事實」與

⁶ 邱聯恭講述、許士宦筆記（2017），《口述民事訴訟講義（二）2017 年筆記版》，頁 230-232，台北：自刊。

⁷ 許士宦（2009），〈請求之基礎事實同一與訴之變更、追加〉，《集中審理與審理原則》，頁 214-217，台北：新學林。

⁸ 呂太郎，前揭註 1，頁 399。

⁹ 邱聯恭講述、許士宦筆記（2017），《口述民事訴訟講義（二）2017 年筆記版》頁 232，台

第 244 條 1 項 2 款所定的「原因事實」或第 199 條之 1 第 1 項之「事實」不同，乃是針對個別事件之訴訟程序上所呈現的事實主張與審理狀況而定之事項，應依照各規定對應制度機能、目的進一步界定含義與適用要件¹⁰。

此說論者更以下列觀點為立論基礎。第一，在立法沿革上，雖然社會事實同一說之學者認為第 2 款係仿造日本民訴法 1926 年修正草案原始用語，並於我國修正草案初稿載明本款目的在於解決舊訴訟標的理論¹¹。惟實際上我國 2000 年所為修正係參考日本「立法後」之規定，且用語上並取自我國最高法院 56 年度台上字第 3064 號判例：「不當得利返還請求權，與損害賠償請求權，法律上之性質雖有未同，但二者訴訟上所據之事實，則屬同一」，因此不論係日本法草案或現行法，皆已與我國法分道揚鑣。更何況在草案二稿中業已刪除「沿用傳統的訴訟標的理論」等語，可謂第 2 款本質上並非僅為解決新舊訴訟標的理論問題，尚可期待得進一步於無關訴訟標的理論情形發揮擴大解決紛爭功能，裨益訴訟經濟之作用。第二，立法目的而論，第 2 款增訂目的既在於擴大紛爭解決功能、追求訴訟經濟與司法資源的節省。則在合目的性解釋下，縱非請求權競合，且非原因事實同一社會事實的場合，亦得在「兩請求之判決基礎或主要爭點同一或共通」時為訴之變更、追加。第三，法律規定上，若是在符合請求之基礎事實同一的情況下，尚要求如請求之利益同一或關聯等條件，應屬法未明文之限制。蓋雖然日本學說中擇舊訴訟標的理論立場者，著重變更前後請求之實體法性質，在原告主張之訴訟標的對紛爭解決不適切、不充分時，為使能夠變更為較適切之訴訟標的，將請求基礎定性為訴訟標的構成前的法律之經濟上利益關係；又日本法新訴訟標的論者為求適用日本民訴法第 143 條，將請求之基礎解釋為訴訟資料、證據資料同一與爭點共通。然而，我國法於 2000 年修正時並未言及「訴訟標的理論究採何者」，因此仍應就我國法所明文的請求之基礎事實同一與否為解釋論據¹²。

北：自刊。同旨，陳計男（2014），民事訴訟法論（上），修訂六版，頁 253，台北：三民。

¹⁰ 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學〉，氏著，《程序利益保護論》，頁 196 以下，台北：三民。

¹¹ 司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（四）601 頁。

¹² 許士宦（2006），〈請求之基礎事實、原因事實與訴之變更、追加〉，氏著《審判對象與適時審判》，頁 260-263，台北：新學林。

此說以程序動態發展為觀察方法一事誠然值得肯定，並且亦不得否認此說在擴大解決紛爭機制之方面有所助益。然而同時也被質疑，採取此說後訴訟程序將因兩造訴訟資料提出而有游移不定之風險，除動搖被告防禦地位外，更導致要求原告於起訴時特定訴訟標的義務之機能不復存在¹³。另外此說也無法說明與同條項第 7 款的關係，蓋若是訴訟資料、證據資料得為後訴高度重複利用，應可認為可符合第 7 款，第 2 款的存在也因此顯得疊床架屋。更重要的是，訴訟資料、證據資料與爭點決定，皆是為使原告起訴能獲得滿足之資料，該等資料一旦脫離原告所主張之紛爭事實，其存在將無意義；且若是在繁雜的訴訟資料與證據資料中僅選擇一部作為訴訟標的變更依據，其他未被選擇的資料也因訴之變更後失去於新訴存在的意義，除造成程序浪費外，更對被告之防禦產生不利；最後，欲判斷兩訴之訴訟資料有無同一，必然是得於新訴進行一定程度的審理後始能判斷，顯然悖於「訴之變更追加應於新訴提起時即應明確決定」之前提¹⁴。

三、 紛爭關聯同一說

紛爭關聯同一說又稱綜合說，蓋此乃綜合新、舊訴訟標的理論所得之結論。此說論者認為，請求之基礎事實同一係由三要素所構成：1、「**先後兩請求之主要爭點共通**」，2、「**就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用**」，3、「**且各請求之利益主張在社會生活上可認為同一或關連之紛爭**」。從原告觀點而言，起訴之最初目的並不因訴之變更、追加後有所逸出；從被告觀點論，亦可避免訴之變更、追加超出其所得預期範圍，甚或導致妨礙防禦之情事，更可裨益於紛爭的統一解決¹⁵。觀察該說內容可以發現乃是參考日本學說之見解，其認為以此要件定義請求之基礎，將可在訴之變更與被告之間的關係中，取得一合理的範圍¹⁶，在三說當中亦係對於訴之變更、追加要件最嚴者。

不過，對於此說所認請求利益同一或關連之要件，論者從文義解釋觀點提出批評，認為「請求基礎事實同一」並非要求請求之「利益」，同一或關連，而應

¹³ 魏大曉，前揭註 1，頁 160。

¹⁴ 呂太郎，前揭註 1，頁 401。

¹⁵ 王甲乙、鄭健才、楊建華（2003），《民事訴訟法新論》，頁 353，台北：三民。

¹⁶ 新堂幸司『新民事訴訟法』（有斐閣，2011，第 5 版）757 頁。

強調「基礎事實之同一」¹⁷。此外，針對訴訟資料、證據資料的利用期待可能性一點，亦可以包攝於「主要爭點共通」的要件當中，蓋若是新舊訴之爭點共通或共同性，則兩請求之訴訟資料、證據資料亦於相當程度範圍內具同一性、一體性，而可期待於新訴之審理中繼續利用¹⁸，似可謂此說在要件設定上有疊床架屋之嫌。

第二款 實務見解

一、 請求基礎事實用語起源

不論社會事實同一說或判決基礎事實同一說，皆認為「請求基礎事實同一」用語有一部分原因或係源自於最高法院 56 年度台上字第 3064 號判例。該案案例事實如下：原告 X 郵局認為被告 Y 於任職於 X 時有盜領款項情事，遂主張侵權損害賠償請求權，嗣因 Y 提出時效抗辯，X 遂主張不當得利請求權。最高法院認為，兩請求權之法律性質雖有不同，但「但二者訴訟上所據之事實，則屬同一，故原告起訴時雖係基於侵權行為之法律關係，然在訴訟進行中於他造為時效之抗辯後，亦不妨再基於不當得利之請求權而為主張」。

文獻上指出，此則判例在舊訴訟標的理論下，由於侵權行為與不當得利係不同請求權，若是原告於被告提出時效抗辯後改主張不當得利，應屬訴之變更。雖然兩請求權皆係基於 Y 盜領 X 款項之事實，在舊法尚未規範請求基礎事實同一的情況下，法院所稱「不妨」，恐怕僅得解釋為不影響被告防禦與訴訟終結；相對地，新訴訟標的理論論者則以為，此時兩請求權的主張僅分別為不同之法律上攻擊防禦方法，故當然得允許 X 主張之¹⁹。

本文以為，雖然最高法院並未明確提出「請求基礎事實同一」一詞，但是若如同社會事實同一說與判決基礎事實同一說所認該用語源自於此的主張，應可認為所謂請求基礎事實同一係指「實體上請求權之基礎事實同一」。

二、 多數見解——紛爭關聯同一說

¹⁷ 許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，頁 489，台北：新學林。

¹⁸ 許士宦，前揭註 12，頁 263。

¹⁹ 許士宦，前揭註 17，頁 486-487。氏更認為該判決其實係以訴訟標的相對論為基礎，允許原告以權利或事實特定訴訟標的。

民訴法第 255 條第 1 項第 2 款於 2000 年甫增訂時，早期實務對於請求基礎事實同一之判斷，多流於單純的法條援引，並未直接就其內涵進行闡釋（最高法院 89 年度台抗字第 407 號裁定、89 年度台抗字第 701 號裁定參照）。真正對於請求基礎事實同一涵義的實質判斷，一直要到最高法院 90 年度台抗字第 2 號裁定方可見其蹤跡。本案事實如下：原告 X 主張被告 Y1 公司之員工 Y2 不實報導 X 公司之負面消息，以民法第 184 條第 1 項請求法人侵權之損害賠償。嗣因 Y2 非屬 Y1 之董事或有代表權之人遭敗訴駁回。二審時原告 X 追加主張民法第 188 條僱用人侵權責任，法院認為屬訴訟標的之追加，但因 Y1 不同意追加而受駁回，X 遂提起上訴至三審。

最高法院認為，前後二請求「訴訟標的之法律關係雖異，惟主要爭點均在於系爭報導內容有無不實，則屬相同」；又相對人報導新聞，須出諸於主播即其受僱人之行為而產生，是相對人報導內容有無不實與其主播報導內容是否不實，兩請求之主張非無關連，其請求相對人負損害賠償責任之利益亦屬同一；再，抗告人於原法院追加之請求仍援用原請求之訴訟資料及證據，一併請求原法院審理。抗告人先後兩請求主要爭點既有共同性，請求基礎又有關連性、同一性，且證據資料之利用上亦有一體性，依訴訟經濟原則，自宜利用同一訴訟程序審理，藉以一次解決本件之紛爭，揆諸上述說明，兩請求基礎事實應屬同一」。

要之，應可認為最高法院 90 年度台抗字第 2 號裁定所採乃紛爭關聯同一說。依該見解，請求之基礎事實同一應具有「主要爭點相同」、「請求利益同一」與「訴訟資料與證據資料利用之一體性」。此裁定作成後，為多數最高法院所援引²⁰，並且下級審亦多依循之²¹。並且，本文於第四章所提及同院做成的 106 年度第 13 次民事庭決議之乙說，亦是採取同一見解。

三、 其他少數見解

惟紛爭關聯同一說仍非實務之統一見解，例如最高法院 91 年度台抗字第 708

²⁰ 最高法院 90 年度台抗字第 2 號、90 年度台抗字第 287 號、91 年度台抗字第 552 號、91 年度台抗字第 648 號裁判。

²¹ 黃明展（2009），〈論「請求之基礎事實同一」之判斷標準〉，《法令月刊》，60 卷 4 期，頁 64-65。

號裁定，認為請求基礎事實同一應為「變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用，且無害於他造當事人程序權之保障者，始足當之」。要之，判決除將「請求利益同一」以「無害他造程序權之保障」取代之外，在「兩訴原因事實有社會事實上共通、關聯性」，且「舊訴主張事證得於新訴利用」的要件上與紛爭關聯同一說如出一轍，只需符合該三個要件即得以符合請求之基礎事實同一為據聲請訴之變更、追加。近期持同樣見解者，如最高法院 106 年度台抗字第 1061 號裁定。

此外，實務上亦有採取類似於社會事實同一說者，作為唯一採擇該見解的上級審案例，最高法院 91 年度台抗字第 281 號裁定認為，請求基礎事實同一乃是「數個為訴訟標的之請求源於同一基礎之原因事實者而言」²²，似乎係延續最高法院 56 年度台上字第 3064 號判例的立場。不過亦可見有裁判將此與紛爭關聯同一說併用之見解，如臺灣高等法院 101 年度上字第 168 號裁定²³。

第二項 日本法

過去的日本法原則上禁止為訴之變更，但是隨著德國法等立法例逐漸放寬訴之變更的限制，日本法遂於大正 15（1926）年修正舊民訴法第 232 條，經過昭和 8（1933）年修正後演變為現行的第 143 條。依照日本民訴法第 143 條，若是「請求基礎未變更」且「不顯著延滯訴訟程序」時，於言詞辯論終結前應允許為訴之變更。在此之中，於大正 15（1926）年修法時所導入之「請求基礎」，係由日本法獨創之法學概念，而為外國立法例所無。並且，日本民訴法上亦未就此概念明文規範其內涵。因此於該條的制定後，引發了學說對於請求基礎同一定義之諸多爭論。惟不論採取何說，在具體案例上的操作結果上實無太大差異。相對地，實

²² 同旨：高等法院臺中分院 97 年度上易字第 280 號判決、臺中地方法院 91 年度訴字第 872 號判決、臺中地方法院 94 年度簡上字第 317 號判決。

²³ 「所謂請求之基礎事實同一，係指數個為訴訟標的之請求源於同一基礎之原因事實而言；亦即變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，始屬之」。

務判例雖也曾歷經見解搖擺不定的時期，但近期則達到一個共識，並未再針對請求基礎同一之內容延伸出新的見解²⁴。關於訴之變更沿革已於第二章述及，以下僅分別就日本學說與實務剖析。



第一款 學說見解

一、 利益說

(一) 訴訟主張之利益說

此說認為由於訴訟係當事人為主張利益之手段，故請求基礎之同一即意指原告藉由新、舊訴訟所主張之利益為同一。至於所謂請求之利益因屬經濟性之概念，應由法院斟酌一切狀況決定之。此見解乃是源自於利益法學（Interessenjurisprudenz）的影響，並非單純地以經濟利益為依歸，也不純然作法律條文解釋，而是就法律要件為概念性的分析，以法學方法對於該法律現象之背景形成的經濟現象與其他社會生活中的關係進行掌握，從而達到妥適的解釋結果。要之，請求利益的同一性並非以漫然地以經濟觀點觀察事件，而是透過訴之變更前、後的請求基礎所形成的社會生活之利益關係，判斷是否合於社會通念上的同一²⁵。

不過也有論者質疑，以利益為請求基礎之劃分標準在概念上恐過於廣泛，故此說基於下述理由並不為大多學說所接受。首先，所謂請求利益為具體性、一般性的概念，但是由於請求之基礎變更與否應當為具體性、個別性的問題，因此請求基礎也應透過具體性、個別性的論理操作探求。雖然此說或許可以自判例的累積來填補，但是作為學問方法論而言係有所缺陷²⁶。其次，此點質疑似乎亦與草案階段時使用「請求基礎事實關係」、「請求之基礎事項」的用語有關。縱使最後用語上修正為「請求基礎」，仍僅是在避免事實記載說與法律要件說之紛爭。要言之，立法者於最初將請求基礎與具體的事實關係相掛鉤。並且，所謂訴訟係以「具體」的事實為之，因此將請求之基礎視作基本的事實關係，應係最為妥適的

²⁴ 秋山幹男＝伊藤真＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彥『コンメンタール民事訴訟法 III－訴えの変更§143』184 頁以下（日本評論社，第 1 版，2008）。

²⁵ 中村宗雄・前掲注（27）386 頁以下。

²⁶ 中村英郎・前掲注（23）180 頁。

解釋²⁷，而不應以「利益」如此抽象之標準來判斷。



(二) 紛爭關係說

紛爭關係說認為訴之變更制度的合理根據在於，原告為了透過訴訟解決與被告之間的紛爭，必須表明請求原因，將紛爭上的主張以權利主張特定。但是若表明的方法從紛爭實質的解決角度來看不適當，應允許其變更為適當主張，使其得透過訴訟達到目的。因此，「請求基礎」即是為了將請求以特定權利主張構成，還原至特定請求原因的狀態後，對於該狀態所涉的法律上的利益紛爭關係的擴大觀察。因此請求基礎並非抽象、絕對，而應具體、相對地比較新、舊訴以進行判斷²⁸。

此說尚提出數例作為具體上未變更請求基礎之參考。例如：基於同一請求聲明，但僅有訴之聲明變更者（請求金額的增減、將附條件給付請求更改為無條件給付請求）；兩請求其中之一為另一方的變形或附隨之物者（票據債權與原因關係之債權、舊債權與經債之更改的債權、原債權與損害或遲延賠償）；兩請求以同一物之交付或同一給付內容為目的者；基於同一生活事實但不同的紛爭解決方法者（基於契約之請求與契約無效所生的不當得利請求）²⁹。

二、 事實說

(一) 社會事實關係說

亦稱事實關係說。此說則認為，請求基礎應為訴訟標的之權利或法律關係之發生，乃是源自於某一根本性的社會現象事實。為判斷新、舊訴之請求基礎同一與否，首先需判斷何謂同一社會現象。「同一社會現象」並非以社會上通念所定，而是假使有兩個社會現象事實，其存在係繫諸於各自互為有效/無效、發生/不發生的條件關係，就其互相的條件關係之程度可以認為原本即為同一個大的社會現象事實。假使經由該標準篩檢後，認為二者仍屬各自獨立的社會現象事實，在觀

²⁷ 中村宗雄·前揭注(27) 389 頁以下。

²⁸ 兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店，增補第7版，1967) 372 頁。

²⁹ 兼子一·前揭注(28) 372 頁以下。

察其中之一的社會現象事實時，又要調查另一社會現象事實，將會造成被告的防禦困難，並且使先前所為的訴訟行為歸於徒勞，並不符合訴之變更的立法旨趣³⁰。

持同意見論者並認為，請求基礎即構成訴訟標的之法律關係的基礎關係事實，而請求基礎同一的情況可能有二。一為請求權處於競合的關係，另一為某一基礎事實關係有析出數個請求權或絕對權的可能時。皆為請求基礎未變更的情形³¹。

（二） 發生事實說

又稱同一認識之標準的主要部份說。首先，第 143 條所稱之「請求」係指原告向法院之請求（即判決請求，Klageantrag, Urteilsbitte）；「請求之原因」則為依該判決請求所生之根柢（Klagegrund. causaagendi），亦即法院為判決所要求的法律關係存否之主張。既然請求是指判決請求，則請求之基礎即為訴訟標的權利之發生事實或其一部分。而若是發生事實之外的部分，則非請求之基礎³²。

具體而言，請求基礎未變更的情況有二。一為新、舊二訴訴訟標的之權利的當中，其一將作為另一權利之基礎者；另一為新、舊二訴訴訟標的之權利中，兩者的請求基礎有共通的情形。如二訴透過一個基礎而有牽連者，或者二訴有透過數個基礎相牽連，最根本的基礎為同一者³³。

（三） 事實關係說

事實關係說以為，既然「請求基礎未變更」為現行法上抽象性地揭示允許訴之變更的合理界線之概念。並且所謂的合理界線，應可設定於原告起訴當初所提出之請求原因主張有誤，或因起訴後所生的情事變更，導致舊請求之形式無法透過判決實質性地解決紛爭，為了允許修改為適當的新請求，以利用向來的訴訟程序與訴訟資料作為目的³⁴。要之，請求基礎未變更係指作為權利主張之根柢的事實，其於根幹當中具有共通性。於判定有無請求基礎共通時，應於個案中為具體、

³⁰ 細野長良『民事訴訟法要義』2卷（巖松堂，1933）238頁以下。

³¹ 中島弘道『日本民事訴訟法』2卷（松華堂，1934）1228頁以下。

³² 山田正三「訴の變更」『法学論叢』49卷4号（1943）417頁以下。

³³ 山田正三・前掲注（32）421頁以下。

³⁴ 齋藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法（6）－訴えの變更§232』301頁〔齋藤秀夫＝加茂紀久男〕（第一法規，第2版，1993）。

相對性的判斷³⁵。



(四) 必要主要事實共通說

所謂請求基礎未變更，係指判斷舊請求當否的必要之主要事實，與判斷新請求當否的必要之主要事實，兩者之於根幹中有共通的現象。相較於事實關係說，此說更強調「必要的主要事實」。而此說論者認為必要之主要事實，即為「權利的發生事實」。因此依照此說請求基礎為變更具體來說有二情形：第一，假令某一生活事實 A 關係經由事實認定後，該當權利 a 之發生要件，但是在相異的事實認定下，生活事實 A 亦會該當另一權利 b 之發生要件。第二，某一生活事實 A 雖該當權利 a 之發生要件，但與其他的生活事實 B 有所連結，A、B 兩生活事實綜合後將該當另一權利 b 之發生要件。不論何種情形，該生活事實 A 即屬權利 a 之請求基礎，並且就另一權利 b 而言，並無發生請求基礎上的變更³⁶。

(五) 折衷說

此說認為，由於利益說將請求利益等同於請求基礎，故利益既同時為「請求背景的經濟上社會生活關係上之利益」，亦為「藉由訴訟所主張的利益」，但是縱然將前者作為請求之基盤，後者較近似於請求的「目標」，並不明確。況且藉由訴訟所主張的利益之表現型態，於數量性、內容性上皆會因個案不同而有別，因此容易在新舊訴之間有所差異。要之，所謂的利益並無法單就「社會通念」或者「法院依狀況斟酌決定」明確地判斷，並且此點在事實關係說所主張的「事實關係同一性」之判斷上其實亦有相同的困難。此外，所謂利益，終歸無法脫離由事實建構的「社會生活的利益關係」為判斷，故仍須由事實關係為根柢判斷。既然「請求」是透過法律對於事實的再造，則「請求基礎」應可解釋為依請求所建立的事實關係。因此，若依新、舊訴所建立的事實關係是以利益之追求為中心，在利益內容與其主張的追求過程中，判斷出兩事實關係之間具有一體的密著性時，

³⁵ 齋藤秀夫『民事訴訟法概論』（有斐閣，新版，2013）432 頁。

³⁶ 小山昇『民事訴訟法』（青林書院新社，四訂版，1984）521 頁。

即可肯認請求基礎的同一³⁷。



三、事實資料一體性說

以上不論事實說或利益說，皆係以審理客體之性質為理論的出發點。與此相對，事實資料一體性說係以審理之便宜為觀察重點³⁸，其認為請求基礎同一概念除實體面之角度外，尚須併以程序面觀點為觀察。惟此說之下尚有兩種不同的見解，分別臚列如下。

(一) 訴訟資料同一說

第一說主張，請求基礎同一乃是「足以正當化舊訴之事實資料於新訴繼續使用的程度的一體性、密著性」。此說認為向來事實說、利益說皆以舊訴訟標的理論為立論前提，反而顯得新訴訟標的理論於訴之變更制度中毫無實益。事實上，若是從訴之變更制度應有的樣貌來看，前述各說依據舊訴訟標的理論所主張請求基礎未變更的要件似乎沒有考量到任何程序法因素，但是既然訴之變更作為一個程序法上的制度，理應以程序上的要求展開要件的設定。並且，若是經濟性或者社會生活上的紛爭實態與訴訟標的概念產生齟齬，則應先檢討訴訟標的概念，並且反省是否能藉由調節訴之變更的指標解決之³⁹。

該論者認為，由於訴之變更所要求的新、舊訴之關聯性，是以劃定訴之變更限度範圍的「請求基礎」的形式所表現，則從訴之變更的本旨來看，應以「於新訴中利用舊訴所為之審理是否具有合目的性」的程序法上之要求來判斷。要之，若是舊訴的審理得於新訴中大幅地被利用，即可合理地承認訴之變更。反過來說，若是作為審判基礎的事實資料於新、舊訴中具有一定程度的同一性時，即可認為舊訴所為的審理得為大幅運用。此時即得認為，新舊訴具有請求基礎之同一性⁴⁰。

³⁷ 菊井維大「訴えの変更」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座』1卷（有斐閣，1954）203頁以下。

³⁸ 齋藤秀夫＝加茂紀久男・前掲注（34）302頁。

³⁹ 三ヶ月章『民事訴訟法』（弘文堂，第3版，2008）163頁。雖有文獻將前述「折衷說」歸類於此說，但實際上僅同樣使用一體性、密著性之用語，故本文便不於此予以列出。秋山ほか・前掲注（24）185頁參照。

⁴⁰ 三ヶ月章・前掲注（39）164頁。

然而此說亦被質疑，若是未自構成新、舊兩請求權利主張根柢的事實進行比較對照，在判定事實資料同一性方面上將有所困難。並且此說以事實資料為據判斷請求基礎同一與否，似乎已經逸脫「請求」本身的意義⁴¹，要有不當。更有論者質疑，所謂「一體性」與「密著性」究竟應如何判斷？蓋其並非能單以經驗性事實所能認定，而屬僅得藉由一定目的、理念判斷的規範性事實。並且，何以僅以此要件即可正當化舊訴於新訴的施行，此說似乎亦未提出充分的論據⁴²。

（二） 綜合說

第二說則認為，請求基礎同一即為「兩請求之主爭點有共通，得期待舊訴訟之訴訟資料、證據資料得於新請求審理上利用，且各請求之利益主張於社會生活上為同一或關聯之紛爭」。蓋訴之變更係為了使舊訴聲請事項之審理得於新訴審理中利用之制度，因此必須考量新訴中利用舊訴之審理的關係。同時，訴之變更亦是在「進行中」的訴訟提出新聲請事項的訴訟行為，故避免程序混亂與遲延亦是制度要點。要之，請求基礎未變更乃是在訴之變更與被告之間劃定一個合理的範圍所設定的概念。其劃分必須使訴之變更後的結果不逸脫原告最初起訴之目的，同時亦不得使被告因訴之變更而必須應付預想範圍外的防禦目標，更得俾使重複審理以達成紛爭統一解決。此說尤重於法院為積極地闡明。並且若是原告基於被告的防禦方法之基礎事實為據聲請訴之變更，由於不會造成被告之防禦困難，故應予允許⁴³。綜合說因為最能扣合訴之變更制度的要旨，被認為係最為妥當的見解⁴⁴。

第二款 實務見解

一、 訴之變更結果影響標準說

日本民訴法於大正 15 年修正時，大審院曾為該新法施行召開民事法官會同

⁴¹ 齋藤秀夫・前掲注（35）434 頁。

⁴² 中村英郎・前掲注（23）180 頁以下。

⁴³ 新堂幸司・前掲注（16）756 頁以下。

⁴⁴ 竹下守夫＝上原敏夫「訴えの変更」兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成『条解民事訴訟法』834 頁（弘文堂，2011）。

協議，雖然最終並未就請求基礎事實為何達到共識，但會議過程中大致上不脫離認為請求基礎有無變更必須**抽象性判斷**之結論，因此將重點置於**變更後是否造成程序的顯著遲延**，以判定請求基礎的變更之有無⁴⁵。與此見解相近的判例如大審院昭和 8（1933）年 2 月 7 日判決⁴⁶則認為，若是被告在新訴的防禦與就舊訴的防禦相比，沒有顯著改變的必要時，即屬請求基礎未變更。此說除了可認為係以該協議為前提基礎外，亦是罕見地僅有實務而無學說所採的見解，應注意者，論者曾質疑該會同協議所採的標準過於抽象，因此並不可採⁴⁷。

二、 利益同一性標準說

此說即與利益說相同，認為判斷請求基礎即是以原告為訴之變更後所追求之利益是否與變更前相同，抑或完全不同的其他利益。雖然在判例中並未明白地揭示以請求利益作為請求基礎，但是於裁判論述中也未見「事實」、「法律關係」等用語，因此文獻上遂認為這些判決即屬立基於利益同一性標準說為前提所做成者⁴⁸。請求基礎未變更者，例如大審院昭和 12（1937）年 4 月 5 日判決（請求借貸債務履行與請求代物清償）、同院昭和 10（1935）年 6 月 20 日判決（委託買賣契約履行與不當得利返還請求）；變更者如同院昭和 10（1935）年 7 月 13 日判決（基於租賃契約解除請求租賃物返還與經催告履行的租賃契約解除）。不過與此相對，下級審中則有明確指出「請求基礎即為請求利益」的見解⁴⁹。

三、 基本事實關係說

大審院昭和 8（1933）年 11 月 18 日判決則認為請求基礎是發生訴訟標的之權利或法律關係的基本事實關係。大審院昭和 8（1933）年 3 月 9 日判決則將請求基礎視作法律關係；亦有視作基本的事實關係者，如同院昭和 6（1931）年 10 月 30 日判決。

⁴⁵ 中村宗雄・前掲注（27）367 頁。

⁴⁶ 民集 12 卷 136 頁。

⁴⁷ 齋藤秀夫・前掲注（35）434 頁。

⁴⁸ 中村宗雄・前掲注（27）367 頁以下。

⁴⁹ 大田原區昭和 6 年（ハ）第 385 号年月日不詳判決。

同院昭和 18 (1943) 年 3 月 19 日判決⁵⁰認為下述二種情形皆屬請求基礎未變更，進一步將此說見解更為具體化：(1) 各請求原因所生的事實關係或法律關係的數個主要部分，至少在一部分有共通的情形，或是 (2) 一請求原因所生的法律關係為另一請求原因之情形。

四、 綜合說

東京高判昭和 59 (1984) 年 6 月 27 日判決⁵¹則以為，從社會性、經濟性角度來看，兩請求可謂有同一的交易關係基礎，並且審理新舊訴之證據資料亦大致共通時，亦屬請求基礎同一。雖然並未要求主要爭點共通之要件，似可認為其係參考事實資料一體性說之綜合說，將程序法與實體法之要素皆納入判斷標準。

第三項 兩國法之比較

第一款 日本法上請求基礎之應有樣貌

在綜觀日本學說對於請求基礎的定義中，大致上可以將其異同劃分成三說。第一係以將請求基礎以抽象的「請求利益」的利益說，第二則是跳脫抽象概念，還原至具體的事實概念之事實說，第三則是併以程序法要素將訴訟資料亦納入請求基礎的事實資料一體性說。與此相對，實務於該條施行後約 10 年的見解呈現混亂的狀態，一直要到較晚期的東京高判昭和 59 (1984) 年 6 月 27 日判決才開始有採擇事實資料一體說的傾向。不過亦如文獻所指摘，近期實務並未就請求基礎為重新定義，而在個案中專注於何種情況應為請求基礎未變更。

雖然日本法現今對於請求基礎的定義並無太大爭論，而以為各說互有關連，且具體操作結果上並無太大差異，故採取何說已非重要之事，毋寧將重點於個案之判斷⁵²。誠然，於大正 15 (1926) 年修正所採的「請求基礎」之用語，一方面雖未能停止嗣後事實記載說與法律要件說的各自表述，但將「請求基礎事實」的「事實」一詞刪除後，另一方面其實也容許了學說上發展解釋的彈性空間，不必

⁵⁰ 民集 22 卷 230 頁。

⁵¹ 判例タイムズ 535 号 208 頁。

⁵² 中野ほか・前掲注 (26) 564 頁。

如同事實說完全拘泥於訴訟標的之相關事實。況且，衡諸允許訴之變更的正當性基礎，乃是在於變更前後能否維持訴訟的同一性與連續性之有無，而此點之有無必須就訴訟上的審理過程為動態觀察始得判斷，故若是脫離審理所呈現的訴訟資料，將無法判斷新、舊訴是否具有同一性、連續性。

第二款 以判決基礎事實同一說為請求基礎事實同一之判準

文獻上曾有論者以為，我國學說就請求之基礎事實在定義之爭執上所採擇的諸說與日本法上幾乎相同⁵³。不過細究之後仍可以發現有些日本學說，如訴訟主張之利益說、訴之變更結果影響標準說等，並未為我國學說所採。然而，日本法之解釋論是否得當然地適用於我國「請求基礎事實同一」，即屬疑問。本於此認識，以下針對各說進行評論。

一、 社會事實同一說之缺失

首先從立法沿革上，本文對社會事實同一說有所疑慮。雖然觀察我國法之見解分歧，往往因受日本法影響而歸結於新、舊訴訟標的理論之爭。但誠如學者所論，2000年修正草案立法過程中並未如同日本第143條般載有舊訴訟標的理論相關之記述，似可認為立法者係有意迴避此問題，甚或如同論者所認係採取訴訟標的相對論。也就是說，雖然從「請求基礎事實」用語來看，似乎容易使人認為又走上了大正15(1926)年修正草案的回頭路，但既然立法者不將此條適用前提限縮於舊訴訟標的理論，應可合理認為請求基礎事實同一的解釋上不得因訴訟標的理論採擇之不同而有所差異，避免過度限制或放寬訴之變更追加的範圍。在此觀點下，採取社會事實同一說應有不當，而無法有效地於現行法運作。

其次，自日本法之啟示來看，訴之變更制度的正當性基礎在於「變更前後能否維持訴訟的同一性與連續性之有無」，而此點有賴於動態性的訴訟審理過程之觀察。因此社會事實同一說僅就「起訴」之客觀事實為靜態性的觀察，似未充分意識到第244條第1項第2款係為了原告「起訴時」特定訴訟上之紛爭，使法院

⁵³ 黃明展，前揭註21，頁63-64。

能決定審理之方針所設；而與第 255 條的目的係為使當事人得於「訴訟審理過程中」，能夠透過訴之變更、追加之制度達到確實地統一解決紛爭之程序要求。



二、 紛爭關聯同一說之問題

對於紛爭關聯同一說之問題，本文認為可自其所設定的三個要件分別觀察。首先關於「請求利益主張於社會事實上同一或關連」之要件，應可謂係取徑於日本學說、實務早期各自所採的「訴訟主張之利益說」與「利益同一性標準說」。雖然其被認為可以做為實務具體操作個案的上位法理，但是該說僅以利益的「社會通念上」相同作為具體內涵，因過於抽象而遭到揚棄。要之，請求利益之有無係作為能否正當化原告於原程序提出訴之變更、追加的程序指標之一，惟若僅以此作為單獨的判斷標準，法院於個案判斷上似乎也可能流於恣意。並且在文義解釋上，我國法係使用「請求基礎事實」，而非日本現行法「請求基礎」的用語，可以認為在解釋此款要件時，至少應扣合具體之特定事實。至於實務上少數見解（最高法院 91 年度台抗字第 708 號裁定）以「無害他造程序權之保障」取代此要件一事，本文認為似屬多餘。蓋依本文所採判決基礎事實同一說，判斷第 2 款之適用與否時，已將「是否有礙被告防禦、導致訴訟延滯」內化於訴訟資料重複利用之判斷中。故若結論上肯定第 2 款之適用，即可認為亦該當第 7 款，而得認為「無害他造程序權之保障」，要無另外設定此要件之必要。

其次，就「主爭點共通」之要件而言，本文即質疑若是變更、追加之訴並未具有主爭點上共通，是否即不得為追加？從第 2 款之立法目的為「擴大紛爭解決之機能」來看，應以否定論為恰。以採取紛爭關聯同一說之最高法院 90 年度台抗字第 2 號裁定為例：原告 X 主張 Y 應就其僱用之 Z 報導不實負民法第 184 條第 1 項法人侵權責任，嗣後追加請求 Y 應負民法第 188 條雇用人責任。判決認為主爭點既在於系爭報導內容不實，因此得予允許追加。然而若 Y 對此並無爭執，而主張與 Z 並未有選任監督關係，此時即難謂有主爭點共通。惟對於 X 而言，若是能夠透過同一程序解決與 Y 的紛爭，承認該追加應有其實益。

最後，關於「就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用」之要件，本文以為實與判決基礎事實同一說主張「據以審判舊請求（舊訴）

之基礎資料(事實)與據以審判新請求(有意變更或追加之新訴)之基礎資料(事實)同一」相同。本文既採取判決基礎事實同一說，遂於下述三、對此要件一併說明。



三、採擇判決基礎事實同一說之正當性

本文以為採取判決基礎事實同一說應較為可採，蓋其相較於社會事實同一說更重視訴訟上的動態性觀察，而可符合訴之變更制度所要求「變更前後能否維持訴訟的同一性與連續性之有無」的程序目的。雖然論者認為，判決基礎事實同一說所指「據以審判舊請求(舊訴)之基礎資料(事實)與據以審判新請求(有意變更或追加之新訴)之基礎資料(事實)同一」，已然脫離原告所主張的紛爭事實，而完全以訴訟資料、證據資料為允許訴之變更追加的判斷基礎⁵⁴。但是本文以為此評論見解恐係誤解我國法上之判決基礎事實同一說而係原封不動地援用日本的「訴訟資料同一說」，並以日本法之觀點對其批評。此說雖然亦將訴訟資料、證據資料的同一性作為判斷基礎之一，然而**判決基礎事實同一說更強調所謂的訴訟資料、證據資料更應當係屬於「據以審判新、舊請求」所得者**，因此並非如論者所述，完全脫離訴訟上的具體事實。

此外，此說亦被批評將模糊化第 2 款與第 7 款之關係，蓋若是訴訟資料可重複利用，對於被告防禦與訴訟延滯上即可謂無阻礙。然而，向來實務上較少有僅依第 7 款准為訴之變更、追加者，第 2 款之增訂，毋寧係將第 7 款之該當事由予以具體明文化，以提供實務裁判者較明確之判斷準據。又自 2000 年修正第 255 條第 1 項時，係將散落於舊法第 255、256 條之事由合併為一，故應可認為各款亦得作為獨立之判斷事由。因此得認為，在判斷訴之變更、追加聲請不符合第 1 至第 6 款之情形，而認為個案中仍有允許變更、追加之必要時，得以第 7 款作為最後的檢驗對象，要言之，係將第 7 款作為一概括條款。綜上，應可認為並無批評意見所認判決基礎事實同一說造成第 7 款疊床架屋之情形。

再者，此說被批評將動搖被告防禦地位，然而據以審判訴訟之資料並非單

⁵⁴ 呂太郎，前揭註 54，頁 401。

由原告之主張所構成，而尚包含了被告的防禦方法之基礎事實，因此以此為據聲請訴之變更、追加，對於被告而言並不會導致防禦上的困難。

最後，相對於紛爭關聯同一說，此說之定義顯然較為寬鬆，僅在「就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用」之要件上有所重疊。然就「主爭點共通」而言，本文已於上述二、說明，而認為無作為第 2 款要件之必要；而關於「請求利益主張於社會事實上同一或關連」之要件，除上開二、之說明外，本文認為在判斷有無訴訟資料具有同一性時，亦應可認為原告聲請訴之變更、追加亦有請求利益上的共通。申言之，採取判決基礎事實同一說實已將請求利益同一的判斷內化於訴訟資料的同一性當中。

第二節 請求基礎事實與當事人之變更、追加

承前述，本文認為第 255 條第 1 項第 2 款的「請求基礎事實同一」應可認為係指「判決基礎事實的同一」，即「據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料（事實）同一」。不過此一定義於適用當事人之變更、追加時，是否應考量程序法之要求與其他民訴法之規定而有不同的樣貌，抑或得逕自援用？以下遂就此問題進行探討。

第一項 追加當事人所涉程序利益

第一款 處分權主義與辯論主義

一、 學說質疑

學說過去曾對於將當事人變更追加列入第 255 條的適用範圍提出批評，作為理由之一，若是舊原告欲將第三人變更為新原告，雖有舊原告、被告之同意，然而何以在新原告未同意之情況下即可將其引入訴訟（追加新原告亦同）⁵⁵，換言之，此時難道並非對於新原告的處分權之侵害？

關於辯論主義，原則上當事人所未提出的事證資料，法院不得作為判決基礎。但是在變更、追加當事人時，學說所認原則上新當事人應受舊當事人所為的訴訟

⁵⁵ 陳榮宗、林慶苗（2016），《民事訴訟法（上）》，修訂八版，頁 246，台北：三民。

行為拘束的主張，亦被批評為對於新當事人過於嚴苛⁵⁶，更有論者以為為了保障新當事人之訴訟權，原則上不受舊訴之訴訟狀態拘束⁵⁷。就此批評，論者雖然以新當事人之同意作為拘束之正當依據，仍被認為該同意是否會與「同意變更、追加當事人」有所混淆，非無可議。



二、 評價

首先對於處分權侵害之質疑，應可認為該見解係過度拘泥於第 255 條之機械化解釋。基於處分權主義，縱使變更、追加原告之聲請符合第 255 條第 1 項各款之事由，被變更、追加的新原告本身仍應有起訴被告之意思，而非可認為僅憑舊原告之意思即可恣意地將其作為新原告。此點亦可於第 56 條之 1 強制追加原告之規定中印證，該條雖然係限制原告處分權的產物，但即便訴訟標的應合一確定之第三人拒絕成為原告，仍應先由法院命第三人主動成為原告，在欠缺正當事由時始可強制列為原告之一。

其次對於違反辯論主義之爭議，本文業已於前述章節不斷強調，就訴訟經濟觀點而論，新當事人受舊訴訴訟狀態所拘束一事，乃是訴之變更制度的重要目的。然而，新當事人亦非於毫無任何保護的情況下受拘束，而應基於聽審請求權賦予其有爭執舊訴訴訟狀態之機會，此也必須仰賴法院為說明舊訴訴訟狀態之協力。要之，若是新當事人同意為變更、追加，則舊訴訴訟狀態之拘束正當性即在於法院充分告知舊訴歷次書狀、證據之前提下，衡量程序利益的自願拘束，對於有不同意見之部分，則應有提出異議之機會；而在新當事人未同意變更、追加時（多為變更、追加被告之場合），則應視新當事人有無實質參與舊訴之機會，若有，則可認為聽審請求權已受保障，舊訴訴訟狀態之拘束具有正當性；若無，則應藉由賦予新當事人爭執之機會以充足拘束之正當性。

第二款 與訴之撤回制度之衝突

⁵⁶ 王欽彥（2009），〈當事人之變更追加與訴之變更追加〉，《台灣法學雜誌》，142 期，頁 8。

⁵⁷ 陳榮宗等（1997），〈任意之當事人變更〉，民事訴訟法研究基金會編，《民事訴訟法之研討（八）》，頁 203【楊建華發言】，台北：元照。



一、 學說質疑

論者以為，在被告變更的場合中，由於實質上即為原告撤回對舊被告之訴訟，雖然原則上依民訴法第 262 條第 1 項無需舊被告之同意即可為之，但是在舊被告已行言詞辯論之情況下，同條但書規定應得其同意。相比之下，若是貫徹除了第 255 條第 1 項第 1 款外亦得為變更、追加當事人的見解，將有可能導致原告即便未得舊被告之同意，亦得變更新被告，舊被告取得判決解決紛爭的正當期待利益也將因此受到侵害，似乎為訴之撤回與當事人變更兩制度的矛盾⁵⁸。

二、 評價

針對此點質疑，學說亦回應認為實際上並無矛盾之處，若是舊被告不予同意，亦不代表原告聲請變更為新被告的訴訟行為無效，而是應解釋為予以追加。在保障舊被告已進行訴訟取得裁判的期待利益之同時，亦能兼顧使原告能透過將新被告引進訴訟以有效解決紛爭的可能⁵⁹。本文以為，2000 年民訴法修正固然係以擴大紛爭解決為修正要旨，但也不代表得將原告為訴之變更、追加之範圍無限上綱，導致被告之程序利益因原告的訴之變更、追加聲請有所動搖，因此學說所為解釋為追加一事，應為可採。

第三款 與共同訴訟制度之齟齬

一、 學說質疑

文獻上有質疑，若是允許第 255 條各款得追加當事人，將使得第 53 條共同訴訟之規定殆無意義⁶⁰。若是原告得透過訴之變更制度為第 53 條的逸脫，那麼在承認當事人追加涵蓋於第 255 條的適用範圍一事上，由於與共同訴訟之體例之不合，應屬欠缺正當性。並且由於第 53 條所要求之「本於同一事實上及法律上原因」為「除事實上原因外，亦要求法律上原因相同」，因此若是於請求基礎事

⁵⁸ 王欽彥，前揭註 56，頁 10。

⁵⁹ 沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 258-259，台北：元照。

⁶⁰ 范光群等（1990），〈訴之變更追加之研究〉，《民事訴訟法之研討（三）》，頁 541【范光群報告】，台北：元照。

實同一為不同解釋，等同於修正了第 53 條的要件，對共同訴訟制度之影響，不可不予以正視⁶¹。



二、 評價

若是在符合第 255 條第 1 項第 5 款之追加，因訴訟標的應合一確定本為必要共同訴訟之要件，並不會導致與共同訴訟制度的矛盾。但是不得否認在依第 2 或第 7 款成立共同訴訟時，其要件上相較於第 53 條更為寬鬆。就前者而言，本文係採取判決基礎事實同一說，在新、舊訴所據以審判之訴訟資料同一時，應可為變更追加。故在第 53 條第 2 款之「法律上原因」或者第 3 款「法律上同種類之原因」即有可能不符。遑論第 7 款係依個案判斷有無妨礙被告防禦或延滯訴訟，與第 53 條各款之解釋難謂有相符之處。

對此，首先應可認為第 53 條之要件為責問事項，實務上例如最高法院 32 年上字第 1677 號判例即認為縱不合於第 53 條要件，被告無異議時亦不得以職權調查不合法後駁回之⁶²。並且基於第 53 條與第 255 條分別係處理程序靜態面、動態面之規範觀點⁶³，第 255 條的追加規定對於第 53 條而言應屬特別規定，毋須要求具備第 53 條共同訴訟之要件始得為當事人之追加。被告若未就第 53 條之要件提出異議，在符合依第 255 條第 1 項第 2 至第 6 款之事由下，並非不可追加當事人⁶⁴，而可認為其係本於程序主體之地位選擇合併審判，故宜予以尊重；反之，若是法院依被告之異議認為不符合第 53 條之要件，亦可將二訴分別辯論，故結論上可認為並無架空之疑慮。

第四款 審級利益之維護

然而若是原告依據第 446 條第 1 項但書準用第 2 款於第二審提出變更、追加當事人(特別是被告)之聲請，文獻上咸認為為了審級利益之維護，應於被變更、

⁶¹ 王欽彥，前揭註 56，頁 9。

⁶² 范光群等，前揭註 60，頁 556-557【楊建華發言】。

⁶³ 對此本文已於前述第四章、第一節、第三項中表示贊同。

⁶⁴ 范光群等，前揭註 60，頁 585【邱聯恭會後補註】。

追加之新當事人同意後始得為之⁶⁵。最高法院於判斷第二審追加被告之合法性時，大致上可區分為僅判斷請求基礎事實同一有無的「統一標準說」，與另考量新被告之審級利益的「審級利益兼顧說」⁶⁶。在最高法院 106 年第 13 次民事庭決議中，更明白揭示了若是第二審依據第 2 款追加被告有影響其審級利益之虞，除被告同意外，不應允許之，顯然係採取審級利益兼顧說。此見解更於司法院公布民訴法第 446 條草案中被明文化，查立法理由認為：「於第二審變更或追加當事人，固得利用原訴訟資料而節省勞力、時間、費用，惟於第 255 條第 1 項第 2 款所定情形，仍須於該當事人之審級利益無礙（如變更追加之當事人曾於第一審參加訴訟、已受告知訴訟、職權通知、或為當事人之法定代理人或訴訟代理人而參與訴訟程序等情形），始得為之，以兼顧訴訟經濟及當事人訴訟權益之保障」。

自此以觀，應可認為即便是在請求基礎事實同一的前提下，將審級利益納入變更、追加當事人之考量的必要之程序法因素已成為我國法之共識。因此，下述（第二項部分）擬就請求基礎事實同一與審級利益之關係進一步探討。

第五款 小結

一、 請求基礎事實同一之概念涵蓋當事人變更追加

綜合上述後，可以發現當事人追加所涉及的相關程序利益上，皆可透過程序法理之解釋其他民訴法上規定保障。因此本文以為以客觀訴之變更追加所認的「據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料（事實）同一」亦可據以解釋第 2 款的當事人追加。最高法院 106 年度第 13 次民事庭決議所認「民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加」，亦以「可利用原訴訟資料」，為許可要件之一，而採取判決基礎資

⁶⁵ 姜世明（2009），〈訴之變更、追加理論中之利益衝突〉，氏著，《民事程序法實例研習（一）》，頁 39，台北：元照。許士宦（2009），〈集中審理與審理原則〉，氏著，《請求之基礎事實同一與訴之變更、追加》，頁 233-234，239-240，台北：元照。劉明生（2011），〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三二號裁定〉，《月旦法學雜誌》，191 期，頁 197、202、204。沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，氏著，《程序保障與當事人》，頁 265-266，台北：元照。

⁶⁶ 用語出自：陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 8 以下。

料資料同一說，將適用於客觀訴之變更的請求基礎事實同一概念援用於主觀的訴之變更，惟又考量客觀與主觀訴之變更追加的差異性，另兼顧新當事人之程序保障及審級利益，而予以修正，應為可採。



二、 實例操作

於此，本文擬將前開日本昭和 62 年判決略為修正並以此為基礎，說明同樣事實於我國法架構下，依照諸說對於請求基礎事實同一定義之不同，是否對於當事人追加允許與否產生不同結論：X 代位訴外人 Z 向 Y1 主張購得土地有嚴重重金屬污染瑕疵，依民法第 354 條、第 360 條主張 Y1 負物之瑕疵擔保之損害賠償。審理過程中被代位人 Z 與 Y1 之間就系爭土地所有權有爭執，雙方協議由 Z 支付和解金予 Y1 取得所有權。然而 X 認為在計算和解金過程中，證人 Y2 故意隱匿土地瑕疵而作成鑑定報告，遂於起訴後 4 年聲請追加 Y2 依第 185 條為連帶損害賠償。

若按**社會事實同一說**，請求基礎事實同一即為變更前後之法律關係（或訴訟標的）係基於同一社會事實，則 X 對 Y1 起訴之訴訟標的應還原為社會上事實，亦即「Z 向 Y1 所購置之土地有嚴重重金屬污染瑕疵，然而因為該說侷限於「起訴時」，並不包含審理過程中 Z 與 Y1 的和解過程。因此，X 聲請追加 Y2 為新被告一事，因非請求基礎事實同一而不得允許之。

然按**紛爭關聯同一說**，請求基礎事實同一應有「先後兩請求之主要爭點共通」、「就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用」、「且各請求之利益主張在社會生活上可認為同一或關連之紛爭」三要件。就此案而論，X 對 Y1 主張物之瑕疵擔保之損害賠償，其所審理的或為兩造買賣契約存否、系爭土地是否確有缺少 Y1 保證之品質等，對 Y2 主張則為是否有故意隱匿土地瑕疵、詐害 Z 締結和解契約等，兩者在主爭點上應可謂於「系爭土地瑕疵」之認定上有主爭點共通，按若是土地確實無瑕疵，X 對 Y1 或 Y2 之請求皆無理由；因此在追加前就土地瑕疵有無之審理資料，應可期待於後訴利用；然而，針對第三要件即「各請求之利益主張在社會生活上可認為同一或關連之紛爭」，依一般社會通念，Y1 物之瑕疵的損害賠償責任顯難認為與 Y2 詐欺之侵權行為有一定關連，

難謂係社會生活上關連之紛爭。綜上述，此時法院不應允許為 Y2 之追加。

最後，按本文所採之判決基礎事實同一說，請求基礎事實同一係指「據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料（事實）同一」。於本案中，審判舊訴之基礎資料係關於兩造買賣契約存否、系爭土地是否確有缺少 Y1 保證之品質而有瑕疵等，而審判新訴之基礎資料則為是否有故意隱匿土地瑕疵、詐害 Z 締結和解契約等。兩者在「系爭土地具有瑕疵」一事，亦有基礎資料重疊而可謂共通，故結論上似得因符合第 2 款而聲請 Y2 之追加。

最後，若是於第二審時依第 446 條第 1 項但書準用第 255 條第 1 項第 2 款為追加，且 Y2 尚爭執其並無詐欺之故意。依本文之見（詳參下述第三項、第一款、三、）此時因有產生獨立於第二審之爭點存在，涉及 Y2 之審級利益保障，在 Y2 拒絕追加之情形下，法院不得允許之。

第二項 第二審的當事人追加：民事訴訟之審級利益

所謂的審級利益，簡要而論係指「訴訟事件可受幾個上級審法院進行審查之利益」。透過審級制度的確立，可藉由上級審不同法官之審理，以更客觀之角度糾正下級審裁判之錯誤⁶⁷。審級利益作為程序法上因素的實質涵義究竟為何，於民事訴訟制度上又有如何異於其他程序的樣貌，以下對此概述。

第一款 審級利益非憲法訴訟權之保障核心

一、 大法官釋字對審級利益之闡釋

大法官吳庚早於司法院大法官釋字第 368 號解釋之協同意見書陳明，國家應提供訴訟救濟途徑予權利受侵害之人，而訴訟救濟途徑係指「各級法院構成之審級制度」。並且，「訴訟過程中之實際運作，固不得違反法定程序，倘實際運作受法律以外之成文或不成文例規之支配，致審級制度喪失功能、人民無法享有公平審判之權益或訴訟程序全程終了，仍無從獲得有效救濟，亦與憲法本條保障訴訟

⁶⁷ 呂太郎，前揭註 1，頁 69。

權之意旨有違」。要之，吳庚大法官係將審級制度之維護列入訴訟權的保障。

於後，本案事實係處理公職人員選舉罷免法第 103 條爭議的司法院大法官釋字第 442 號解釋中，亦認為「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判」，但是「訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定」，同時大法官亦陳明，「選舉、罷免為公法上之權利，其爭議之處理，雖非可完全置私人權益於不顧；然其究係重在公益之維護，而與保障私權之民事訴訟不盡相同；且公職人員任期有一定之年限，選舉、罷免之訴訟倘審級過多，當難免於時間之拖延，不僅將有任期屆滿而訴訟猶未終結之情形，更有使當選人不能安於職位致影響公務推行之結果」。總的而論，此號解釋正式將審級制度納入訴訟權保障之一部，然而訴訟制度之審級利益並非牢不可破，而在若是涉及公益利益之維護的情形，審級利益應藉由立法形成的方式，衡諸訴訟性質個別予以限制。

同院大法官釋字第 574 號解釋則延續以憲法第 16 條訴訟權為保障審級利益根據的見解。該號解釋係處理民事程序上訴三審的金額限制之爭議。其認為，上訴第三審金額限制為「立法者衡酌第三審救濟制度之功能及訴訟事件之屬性，避免虛耗國家有限之司法資源，促使私法關係早日確定，以維持社會秩序所為之正當合理之限制，與憲法第十六條、第二十三條尚無違背」。似乎可以認為，縱然為民事訴訟制度，仍得在考量整體司法資源與維護社會秩序平衡的情況下，對於審級利益予以限制。在同解釋中，大法官更認為審級利益並非訴訟權之核心內容：「審級制度為訴訟程序之一環，有糾正下級審裁判之功能，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容」。於此應可確定，即便保障私權之民事訴訟之審級制度亦為憲法訴訟權所保障之一環，但同樣地在涉及公益因素（例如司法資源）時，立法者亦得予以限制。

此外，在釋字第 752 號解釋中，大法官認為「人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨（按：本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋），至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容」。申言之，縱然審級

制度的具體規範係委由立法者裁量，在最低程度上仍應予給予一次上訴機會，否則即逸脫於訴訟權保障核心之外。



二、 審級利益之限制界線

從上述大法官見解可知，民事訴訟程序之審級利益係由憲法委由立法者為裁量，並且應有至少一次上訴機會，換言之即須有至少兩次審級。除特定事件外，原則上民事訴訟事件採取三級三審制，若於個別類型的訴訟程序中欲限制審級利益，應有明文規範，且有充分正當理由。民訴法中限制審級利益者，例如：釋字第 574 號解釋所提及的上訴三審法定數額限制（第 446 條），簡易程序（第 436 條之 3 應經原審法院許可）、小額程序（依第 436 條之 30 完全禁止）之上訴。除此之外，當事人得保有行三級三審的審級利益。

第二款 審級利益屬當事人所得處分之客體

如上所述，審級利益應屬公益所得限制的程序法要素，但同時審級利益亦屬得為當事人本身所處分之客體。文獻上曾指出，已廢止的民事訴訟合意選定法官審判暫行條例第 7 條第 1 項規定⁶⁸，基於發揮訟源紓減之功能與合理分配司法資源的目的，若當事人依同法第 2 條⁶⁹合意選定法官事件的第一審裁判，不得上訴第二審，僅得依各該事件適用程序向最高法院上訴或抗告⁷⁰。本文以為此法雖於後續已修正並且廢棄，應可認為係透過當事人合意選定法官的手段，開啟當事人得拋棄審級利益之明文規定先例之一。

⁶⁸ (92 年 6 月 5 日版本)「當事人對於第二條事件之第一審裁判，不得向第二審法院提起上訴或抗告，僅得依各該事件所適用之程序，逕向最高法院提起上訴或抗告。」

⁶⁹ 「I 當事人於起訴時或第一次言詞辯論期日前，得合意選定受訴法院得獨任審判之法官審判第一審訴訟事件。其行準備程序者，得於第一次期日前合意選定之。II 對於依法令應行或得行合議審判之第一審訴訟事件，當事人得選定受訴法院之法官三人組成合議庭審判。其得行合議審判者，當事人亦得選定法官一人獨任審判。III 前項當事人未能合意選定法官三人時，亦得由當事人各選定法官一人，再由被選定之法官共推其他法官一人組成合議庭審判，法院並應即通知當事人於十日內為是否同意之表示；其不同意者，視為撤回其合意；逾期末為意思表示者，視為其同意。IV 前三項合意應以文書證之。訴訟代理人為前二項合意者，並須受當事人之特別委任。V 當事人合意選定法官行合議審判之事件，法院認不符行合議審判之規定者，應通知當事人於二十日內選定其中一人獨任審判，逾期末選定者，視為撤回其合意。VI 第三項及前項視為撤回其合意者，不得再行合意選定法官審判。」

⁷⁰ 魏大曉(2004)，〈訴訟基本權在民事訴訟法之實現〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 138-139。

此外，論者尚以為我國民訴法第 466 條之 4 第 1 項所規範「飛躍上訴」制度，因其容許當事人對於法院就第一審事實的認定並無爭執時，跳過一次的事實審逕自上訴至法律審，體現了當事人得處分審級利益之原則⁷¹。要之，民訴法允許當事人於個案中自願放棄審級利益，以追求更有效率地使用訴訟制度實現權利，併與我國民訴法新法圍繞在當事人的程序主體權強化之修正要旨相扣合。

關於此「當事人得處分審級利益」之原則，亦體現於此次修正草案第 446 條第 1 項但書。該條明文揭示若是影響到新當事人審級利益者，不得準用第 255 條第 1 項第 2 款為變更、追加新當事人。此草案之意旨應可認為，雖然原告得於第二審時適用第 446 條變更、追加當事人，然而在準用第 255 條第 1 項第 2 款時，有特別保障被告之審級利益的必要。但同時因其亦規定若是新當事人同意該變更、追加時，例外得允許之。故此處的同意，即屬允許當事人處分審級利益的明文規定。

第三款 實質判斷審級利益之保障

一、審級利益侵害與否之判準再構成

(一) 司法院草案

自上述可知，審級利益既屬當事人所得處分，且立法者亦規定新當事人於依請求基礎事實同一變更追加時，透過同意權實現其對審級利益之處分。然而草案既明文「有礙其審級利益時」，應可認為立法者預設符合第 2 款的某些情形中，並無侵害新當事人審級利益之事。故此時縱新當事人拒絕同意，亦得裁定為當事人之變更、追加。因此若是草案如預期地公布施行，則何種情形係該當「有礙其審級利益」，便屬將來新法有效運作的重要問題。

在修正草案第 446 條第 1 項的立法理由中敘明，若是符合「變更追加之當事人曾於第一審參加訴訟、已受告知訴訟、職權通知、或為當事人之法定代理人或訴訟代理人而參與訴訟程序等情形」，應屬對當事人之審級利益無礙。亦即，立法者認為有無受審級利益保護之判斷，並非單純以是否於第一審已成為形式上當

⁷¹ 黃國昌 (2011)，〈第三審上訴 (上)〉，《月旦法學教室》，105 期，頁 71。

事人為觀察，而是必須實質觀察新當事人於第一審有無以其他方式參與訴訟，或者已賦予參與程序機會來判斷。若是未符合上述情形，則不該當於第 2 款規定，而僅於新當事人同意時，始得被變更或追加。



(二) 學說見解

於此應先予以敘明者，若是在第二審變更、追加「原告」，基於處分權主義需由原告同意始得為之，就該新原告而言，其審級利益之減損應已吸收至其同意當中。然而被告部分，則因新被告處於無法決定被訴與否的程序地位，故需另外討論其審級利益之保障。以下諸說皆係以「被告」之第二審變更、追加為前提討論。

1、審級利益兼顧說

關於此以程序權保障為基礎判斷審級利益之觀點，其實亦合於多數學者所主張。學說認為，第二審追加新被告與第一審追加之情形，各自的程序狀態已有所不同，若新被告未能參與第一審之審理，對於新被告之訴訟權與程序保障將有重大不利益⁷²。惟若是「客觀上可認為被追加之新被告人在第一審程序雖未成為當事人，但已就判決之結果有所影響，受有相當於當事人之程序保障（如：已為參加人、法院已依民訴法第 67 條之 1 為期日與審理事項之通知），若是仍拒絕同意追加，應屬同意權之濫用⁷³」；亦有認為審級利益之保護必須建立在新被告之拒絕同意無欠缺值得保護之利益，並且根據整體事件狀況無法期待其加入訴訟⁷⁴；又或者認為，若是已有實際參與前審理程序，實質上並無礙其程序權時，皆可認為並無其影響審級利益⁷⁵；尚有學者認為，縱使在第二審被追加之人未就第二審之追加同意，但其「於第一審已受職權通知而參加訴訟」或「其負責人於第一審已被列為被告者」，皆可認為原則上對審級利益無重大影響⁷⁶。（就此說以下簡稱為

⁷² 沈冠伶（2017），〈2016 年民事程序法之實務發展〉，《台大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1456-1457。

⁷³ 沈冠伶，前揭註 59，頁 265-266、270。

⁷⁴ 劉明生，前揭註 65，頁 197-199。

⁷⁵ 呂太郎，前揭註 1，頁 398。

⁷⁶ 許士宦（2018），〈第二審程序基於請求基礎事實同一之當事人追加〉，《月旦裁判時報》，66 期，頁 42-43。

「審級利益兼顧說」)。



2、獨立爭點說

不過亦有反對學說認為，由於審級利益並非不得自一定公益考量限制，縱使新被告未能於第一審為攻防，基於下述理由限制其審級利益非無正當性：首先，第二審法院係以同一資料審查第一審法院之正確性，故仍可實現審級制度「發現真實」之目的；且允許追加得藉由合併審判避免重複審理，達到「統一解決紛爭」之效果；最後，對新被告而言，於第二審亦有事後被賦予主張、舉證之機會，並無喪失「聽審請求權」之保障。該說更主張，以「舊訴訟資料之援用可能性」的審理即可吸收「限制新被告審級利益之正當性」要求，而毋庸另行判斷新被告是否同意追加或有無拒絕同意之正當事由。蓋依照民訴法第 446 條之修正理由，請求之基礎事實同一」係指可利用原訴訟資料或證據資料而為判斷，故於第二審允許為訴之變更、追加，對於對造之審級利益及防禦權之保障並無重大影響，為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，爰增列之⁷⁷。若是請求基礎事實同為第二審追加被告之規範基礎，其規範內容乃是指涉「原訴訟資料之援用可能性」。但為了與第二審為嚴格續審制的審級制度相符，相較於第一審以第 2 款為變更、追加，**第二審之變更追加必須要求「更高程度」的援用可能性**⁷⁸。

要之，該論者認為在第二審追加之新被告時，應以「**原告對新被告之新請求有無獨立於原告對原被告之原請求的爭點**」為判斷。於原告聲請追加新被告時，應先由法院依民訴第 195 條第 2 項、第 266 條第 2 項命新被告為答辯，整理新請求之爭點。在確定「無」獨立於原請求之爭點存在時，始肯定得依第 446 條準用第 255 條第 1 項第 2 款為被告之追加。此時允許追加被告並不造成第二審之審理事項逾越第 447 條第 1 項但書所容許者，更無不當限制新被告之審級利益，有助於避免重複審理與防止矛盾裁判之公益，要無考量新被告之同意或是否已參與

⁷⁷ 司法院編印（2003），《民事訴訟法部分修正條文對照表暨總說明》，頁 200-201 頁。

⁷⁸ 陳瑋佑，前揭註 66，頁 20。關於「更高的援用程度」之立論，氏參考許士宦（2009），〈集中審理與審理原則〉，氏著，《請求之基礎事實同一與訴之變更、追加》，頁 233-234，台北：元照；魏大曉（2015），《民事訴訟法》，頁 364，台北：三民。

第一審訴訟之情事存在⁷⁹。

相對地，若是新請求具有獨立之爭點，縱使新被告同意或者已參與第一審訴訟，亦不當然該當第 2 款之要件。理由有二，首先雖可肯定新被告處分其審級利益，但若是新被告未放棄於第二審就獨立爭點攻防之機會，將導致第二審之審理事項擴張於與第一審程序無關之事項，侵害原、被告之程序利益，而需另徵得舊被告同意的必要；其次，新被告縱使已參與第一審訴訟，而應受舊被告不利益之訴訟行為的拘束，然而因拘束範圍以第一審程序之審理範圍為限，無法禁止新被告爭執原告就新請求所主張之要件事實，而形成超出於原請求之審理範圍外的獨立爭點。茲以下〈表三〉整理該說所認有、無獨立爭點之情形⁸⁰（就此說以下簡稱為「獨立爭點說」）。

〈表 三〉

	原則	例外
無獨立爭點	(a) 新、舊請求之法律關係互斥 (b) 新請求法律關係構成舊請求法律關係之先決問題	(c) 新被告不受舊被告所為不利益行為拘束
有獨立爭點	(d) 新、舊請求之法律關係僅部分要件共通 (e) 舊請求之法律關係構成新請求之法律關係之先決問題	(f) 新被告不爭執原告針對新請求之新主張的要件事實 (g) 新請求之新主張得依第一審過剩證據調查結果認定

關於上開 (a) 至 (g) 情形，該說簡要分述該當之實例如下：

【原則上「無」獨立爭點者】

⁷⁹ 陳瑋佑，前揭註 66，頁 20。

⁸⁰ 陳瑋佑，前揭註 66，頁 14 以下。

(a) 所指稱新、舊請求之法律關係互斥情形，例如：第一審原告 X 請求舊被告 Y1 公司依民法第 739 條為保證責任，第二審則追加 Y1 之負責人 Y2 為新被告，請求依公司法第 16 條第 2 項自負保證責任。並且舊請求之審理對象為保證契約成立與公司保證之限制時，並無獨立爭點。

(b) 新請求之法律關係構成舊請求法律關係之先決問題，如：第一審原告 X 請求 Y1 法人依民法第 28 條負侵權責任，第二審追加 Y1 法人之董事 Y2 為新被告，請求民法第 184 條侵權責任，且原告主張 Y2 董事負侵權責任之原因事實即為 Y1 法人應負責之原因事實者，亦無獨立爭點。

(c) 新被告不受舊被告所為不利益之訴訟行為所拘束，則係指涉如：第一審原告 X 請求僱用人 Y1 依民法第 188 條負侵權責任，第二審追加受僱人 Y2 依民法第 184 條負侵權責任，雖然受僱人之侵權責任該當與否係僱用人之侵權責任前提而符合 (b) 之情形，然若是 Y2 爭執 Y1 於一審所未爭執之侵權行為該當事實，此時則例外有獨立爭點。

【原則上「有」獨立爭點者】

(d) 新、舊請求之法律關係僅部分要件共通者，例如：第一審原告 X 請求舊被告加害人之一 Y1 負民法第 184 條侵權責任，第二審追加另一加害人 Y2 負第 185 條共同侵權責任，若 Y2 爭執其過失有無，即屬有獨立爭點。

(e) 舊請求之法律關係構成新請求之法律關係之先決問題者，則如：第一審原告 X 請求舊被告 Y1 依民法第 367 條給付買賣價金，第二審追加保證人 Y2 為新被告，主張依民法第 739 條負保證責任，於 Y2 爭執保證契約存否時亦有獨立爭點。

(f) 新被告不爭執原告對新請求之新主張的要件事實時，如：第一審原告 X 請求舊被告受僱人 Y1 負民法第 184 條侵權責任，第二審追加新被告僱用人 Y2 請求民法第 188 條僱用人侵權責任，雖然舊請求受僱人之侵權責任該當與否為新請求僱用人侵權責任之先決問題而符合 (e) 之情形，然若 Y2 不另外爭執與 Y1 之選任監督關係、執行職務要件，即例外無獨立爭點。

(g) 新請求之新主張得依第一審過剩證據調查結果 (überschießende

Beweisergebnisse) 認定之情形，例如：第一審原告 X 依民法第 367 條請求舊被告合夥團體 Y1 為買賣價金給付，第二審追加合夥人 Y2 請求依民法第 681 條負補充給付責任，雖然合夥買賣債務存否係補充給付責任之先決要件而該當 (e) 之情形，然若是 Y2 所爭執已退夥事實得依第一審證人陳述判定，則亦例外無獨立爭點⁸¹。

不過，此說被認為係忽略了新當事人的同意權之保護。首先，根本上而論，於第二審之變更、追加若是無須新當事人同意，即忽略了新被告係少了一個事實審的審級而進行有效防禦之利益。申言之，「請求基礎事實同一」仍不得取代當事人同意之要件，有待於未來於第 255 條、第 446 條之外另外增設任意當事人變更、追加之要件。其次，獨立爭點說以當事人是否就特定事實有所爭執而判斷是否符合第 2 款，將導致請求基礎事實同一性標準的適用上產生歧義，而有明確性、安定性的欠缺⁸²。

(三) 本文見解—審級利益兼顧說

上開兩說皆有其論據，首先，獨立爭點說充分意識到我國第二審採取嚴格續審制之立法意旨，故於第二審準用第 2 款之要件上，另以「無獨立爭點」加強請求基礎事實同一之要件，以避免第二審之審理範圍擴大，並將審級利益之保障吸收於更高度的訴訟資料援用可能性；相對地，審級利益兼顧說則以新被告之「同意權」與「實際參與前程序」作為是否有礙審級利益之判斷基礎，重視新被告之實際參與狀態。

惟本文以為，獨立爭點說雖謂新被告仍得於第二審「事後」就第一審之訴訟資料爭執而有保障聽審請求權，但是畢竟相對於第一審被追加的情況下，仍少了第一審的審級保障，且可能亦無第三審，而忽略新被告於第一、二審的程序利益狀態各有不同，並不可採。再者，依此說之見解，於第二審有獨立爭點時，不論新被告有無於第一審參與程序，不得認為符合第 2 款而允許追加。然而當事人之

⁸¹ 以上各情形之實例整理參照陳瑋佑，前揭註 66，頁 19-20 以下。

⁸² 劉明生 (2018)，〈當事人變更與追加之容許要件—以當事人同意權之保護為中心〉，《月旦裁判時報》，72 期，頁 37-39。

追加必須特別考量新當事人於原請求審理之基礎事實是否已為程序之參與⁸³，此點不應依追加之聲請係於第一審或第二審提出而有所不同。申言之，有無參與第一審之機會，應屬判斷准駁第二審之被告追加的重要因素。然獨立爭點說完全無視此點，應有不當。

然即便新被告有參與第一審之機會，若是原告於第二審之追加請求並非完全可依第一審請求之基礎事實判斷，而另有獨立之爭點存在時，對於新被告而言係擴大了防禦範圍，而同樣缺乏第一審的審級保障。準此以觀，獨立爭點說於實質判斷審級利益之保障有無一事亦非毫無價值。因此，本文主張應採取審級利益兼顧說，而在判斷有無審級利益之欠缺上，原則上視新被告有無同意放棄其審級利益；若無，則自「客體面」判斷**第二審有無獨立於第一審之爭點存在**，具體而言應可自前述獨立爭點說所提出之標準為取徑；自「主體面」而言，則可參考民訴法修正草案第 446 條第 1 項的立法理由，在「**變更追加之當事人曾於第一審參加訴訟、已受告知訴訟、職權通知、或為當事人之法定代理人或訴訟代理人而參與訴訟程序等情形**」之情形下即得謂符合。至於依此架構在何種情況下得為追加，簡要以下〈表四〉說明：

〈表 四〉

	1 有參與第一審機會	2 無參與第一審機會
A 有獨立於第一審爭點	A1 應得同意始可追加	A2 應得同意始可追加
B 無獨立於第一審爭點	B1 毋須同意即可追加	B2 應得同意始可追加

上開四種情形，較無爭議的在於 B1 與 A2 之案型。B1 之新當事人於第一審既有參加機會，且第二審被追加時更無須就第一審爭點以外部分為攻防，縱無其同意，應可認為對於審級利益無礙，而可允許為追加。A2 之新當事人於第一審既無參與機會，因此對於第一審爭點之審理有礙其審級利益。此外，新當事人尚須就第二審之始產生之爭點為攻防，其所生之程序不利益與第一審之爭點相同，

⁸³ 沈冠伶，前揭註 72，頁 1456。

故應得其同意，確認新當事人對於兩爭點之審理之審級利益皆有所放棄，始可追加。

然而，在 A1 之情形，既然有獨立之新爭點，是否可該當於「請求之基礎事實同一」，依前述所採之「裁判基礎資料同一說」，已非無疑。縱使新當事人於第一審有參與機會⁸⁴，乍見之下已受有審級保障，但相對於 A2 之情形，也僅是多了就第一審之爭點為審理之審級利益，對於第二審所獨立存在爭點之審理仍欠缺第一審的審級利益保障。更何況若是允許追加，此時將擴大新被告於第二審的防禦範圍，對於第二審所採嚴格續審制的金字塔型訴訟制度之程序目的亦有所戕害，因此仍以新被告同意，確認其放棄審理獨立爭點之審級利益，始得允許追加⁸⁵；B2 情形中，雖然第二審並無獨立爭點存在，對舊當事人而言固然受有第一、第二審審理之保障，但對新當事人而言，僅有於第二審審理之保障，因此亦須其同意始可為追加。要言之，只要新當事人沒有參與第一審機會，則不論第二審有無獨立於第一審之爭點，一律應得其同意始得追加；然而縱使有參與第一審機會，在第二審有獨立爭點時，亦同。

二、實例操作

茲舉一例操作該判準，首先為 A2 之案例：原告 X 於第一審起訴舊被告受僱人 Y1 應依民法第 184 條負損害賠償責任，在言詞辯論終結前皆無通知其僱用人 Y2 參與程序之情形，X 欲於第二審追加 Y2 為新被告並主張應負民法第 188 條僱用人損害賠償責任，然 Y2 拒絕同意，法院是否得允許之？按第一審僅審理 Y1 行為是否該當侵權行為，而若 X 於第二審主張僱用人損害賠償責任，則將針對選任監督關係、執行職務行為進行審理，因此應係有獨立於第一審之爭點存在。又對 Y2 而言，其未能於第一審參與程序，則就該獨立爭點欠缺第一審之審級保

⁸⁴ 雖可合理懷疑，於第二審始存在之獨立爭點，若非屬第一審之審理事項，似無於第一審通知新被告參與程序之必要。然而民訴法第 67 條之 1 之目的乃在於使有法律上利害關係之第三人能知悉訴訟之事實而有及於參與訴訟之機會，故若是第一審之審理事項為第二審請求的先決法律關係或有部分要件共通，亦非無通知之必要。

⁸⁵ 本文以為金字塔型訴訟制度之建制，固然係為整體司法資源有效利用為要旨，但同時其亦係為了避免被告之防禦範圍擴大。易言之若被告認為原告所提出的訴之追加具有相關連之紛爭有於同一程序解決之必要，而同意於第二審擴大防禦範圍，非不得允許。

障，Y2 既拒絕同意追加，即無強使其於第二審作為新被告之理。此結論在獨立爭點說之下，因第二審有獨立爭點故不得當然認為符合第 2 款而允許為追加。

若將該例倒置為 B1 情形：原告 X 於第一審起訴舊被告僱用人 Y2 應依民法第 188 條負僱用人損害賠償責任，在言詞辯論終結前已通知其受僱人 Y1 參與程序，X 欲於第二審追加 Y2 為新被告並主張應負民法第 184 條侵權行為責任，然 Y2 拒絕同意。此時，由於法院在第一審審理民法第 188 條該當與否時，必然就 Y2 是否應負第 184 條侵權行為責任有所判斷，因此第二審追加 Y2 應無獨立爭點可言；況且 Y2 亦於第一審有參與程序機會（不論是否確實作為參加人參與），對於該部分之審理並無欠缺審級利益之保障。因此縱使 Y2 拒絕同意第二審之追加，仍得允許該追加之聲請。結論上，亦同前開獨立爭點說之見，然其理由構成不同，係因第二審無獨立爭點而得逕為追加。

延續前述 A2 之例為 A1 延伸說明：若是原告 X 於第一審起訴舊被告受僱人 Y1 應依民法第 184 條負損害賠償責任，在言詞辯論終結前「已」通知其僱用人 Y2 參與程序之情形，X 欲於第二審追加 Y2 為新被告並主張應負民法第 188 條僱用人損害賠償責任，然 Y2 拒絕同意。此時依本文所採審級利益兼顧說，Y2 雖有參與第一審，但也僅是就第一審之爭點有審理機會，該部分已有審級利益之保障，然若是第二審 X 與 Y2 爭執選任監督關係存在，則有獨立爭點，按獨立爭點說應不得追加。而本文架構下，就該選任監督之審理亦有給予 Y2 兩次審級之必要，故應得其同意使得追加。

最後就 B2 情形說明：原告 X 於第一審起訴舊被告僱用人 Y2 應依民法第 188 條負僱用人損害賠償責任，在言詞辯論終結前未通知其受僱人 Y1 參與程序，X 欲於第二審追加 Y1 為新被告，並主張應負民法第 184 條侵權行為責任。此時依照獨立爭點說，若是 Y1 不爭執其該當民法第 184 條構成要件之事實，則無獨立爭點，無需徵得同意，亦毋須判斷有無參與第一審程序。即可允許為追加；惟依本文所採之審級利益兼顧說，則因 Y1 未被賦予參與第一審審理機會，應得同意始得追加。

第三項 第二審的當事人變更

特別注意者，不論是〈審級利益兼顧說〉或〈獨立爭點說〉，皆僅就被告之第二審「追加」討論，而未觸及第二審的被告「變更」。誠然，第二審之變更、追加相同處在於，皆是由原告對新被告之起訴。因此關於新被告部分，第二審之變更與追加並無不同，以上述架構即可作為容許之判準；然而就舊被告而言，應屬訴之撤回（第 463 條準用第 262 條），抑或上訴之撤回（第 459 條）？兩者之區辨實益在於，前者將產生溯及消滅訴訟繫屬之效力，縱使原告於第一審之判決勝訴，亦將失其效力，且依第 262 條第 1 項但書，若被告已行第二審言詞辯論，應得其同意始生撤回效力；後者會導致第一審判決的確定效力，無法再聲明不服⁸⁶。並且依第 459 條第 1 項但書，若被上訴人提起附帶上訴，亦應得其同意始生上訴撤回效力。

就此，最高法院 71 年度台上字第 3746 號判例認為，於第二審所為的訴之變更若屬合法，第一審之判決自當然失效，而由第二審法院專由新訴裁判：「在第二審為訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回時，第一審就原訴所為判決，自當然失其效力。第二審法院應專就新訴為裁判，無須更就該判決之上訴為裁判。原審見未及此，就被上訴人變更之新訴准許，並命上訴人如數給付後，又將第一審判決予以部分廢棄，於法自屬有違」，而此判例亦多為最高法院所援用⁸⁷。依此實務之見解，第二審之當事人變更將視作對舊被告之訴的撤回。而第一審之判決亦失其效力。

然而誠如本文於第三章所強調，若是逕將原告所為的變更當事人之聲請視為撤回舊訴，且對新當事人之起訴亦不合法時，原告則同時喪失對新、舊被告的請求機會。因此，本文認為仍應就個案具體解釋原告之變更聲請，是否包含「變更不合法時即求為當事人之追加」之意思，始能保障原告之程序利益。至於舊被告而言，亦應於其行言詞辯論後取得同意，否則不生效力（民訴法第 463 條準用第 262 條第 1 項但書參照）。

⁸⁶ 許士宦（2016），《民事訴訟法（下）》，頁 331，台北：新學林。

⁸⁷ 如最高法院 106 年度台上字第 1222 號判決、同院 87 年度台上字第 2313 號判決。



第六章 結語

本文考察我國實務上當事人變更、追加之現況，與兩國法的重要文獻。以下遂總結本文於第二章至第五章的研究成果，並針對緒論之問題予以回應。

一、 民訴法第二五五條作為當事人變更追加依據與解釋方向

針對當事人變更追加之法律性質，向來實務雖以「當事人屬於訴之要素」作為訴之變更、追加之論據，然我國學說有囿於德國法之見解而認為應屬獨立一體的訴訟行為（特殊行為說），或者以日本法之複合行為說為鑑，認為不屬訴之變更追加者。本文以為，我國法第 255 條在立法架構上既將所有允許訴之變更追加事由概括規定，並且包含同條第 1 項第 5 款合一確定之當事人追加，體系上應可認為訴訟主體之變更追加，亦為第 255 條所涵蓋之適用範圍；從立法解釋而言，2000 年民訴法修正理由中，亦係強調放寬「訴」之變更追加的範圍，應可認為在檢討第 255 條適用範圍時，不應以窄化角度排除當事人變更追加之適用。並且本文以為當事人變更、追加所涉及的程序特徵，並非不得透過民訴法其他規定與程序法理解釋（參後述四、），故應可認為無法律漏洞，而不具有目的性限縮第 255 條第 1 項第 5 款或者類推適用第 255 條之必要。

二、 當事人變更

當事人變更與當事人更正/補正之不同在於當事人同一性之判斷，而此涉及當事人確定理論的採擇。本文基於當事人確定理論應以明確與迅速為前提，採取表示說。而經檢討實務上關涉當事人變更之案例後，本文發現不乏有實質上為當事人更正/補正之案例，如〈分公司與總公司〉、〈死者與繼承人〉類型。

就當事人變更之要件而言，基於處分權主義，原告變更需有新、舊原告同意起訴之意思，並且需要依照個案判斷，不因新、舊原告之間具有緊密關聯而可無視。相對地，被告之變更雖亦需由原告的變更意思為之，但原則上無需新、舊被告的同意。然而不論係原、被告之變更，若是聲請時點係於被告已行言詞辯論後，則需依第 262 條第 1 項取得被告之同意，始能維護被告受本案判決之利益。雖有

日本學說主張得以捨棄解釋被告變更之效力，然本文以為以撤回解釋既能避免被告再次被訴之風險，亦可依個案彈性解釋原告聲請變更之真意，是否包含變更不合法時為捨棄或追加、提起新訴等。

若是被告同意變更，則依第 1 款即可作為變更之依據，然若被告不同意變更，於客觀面上即應符合一定要件，避免被告涉入無關聯之訴訟，影響其攻防之程序利益。其中，關於第 255 條第 1 項第 2 款，雖然日本民訴法第 143 條不包含當事人變更，然而學說亦不乏主張可類推適用該條，於「請求基礎未變更」得為當事人變更之見解。我國實務、學說上雖對於第 2 款得否為當事人之變更有所爭議，本文則以為既然第 255 條訴之變更規定係包含了當事人之變更，且其它當事人變更追加所涉之程序利益保障皆能如同前述妥善地解釋，則無否定之理。惟應注意者，雖然符合此款即得為當事人之變更，但此款之適用並不能取代言詞辯論後的被告同意，以兼顧被告就本案判決取得的利益。若是當事人變更之聲請不合法（如：已行言詞辯論之被告不同意變更），亦不表示變更聲請當然無效，而應個案判斷原告有無改為當事人追加之意思。

就當事人變更之效果而言，向來認為由於訴之變更的法律效果係為舊訴之續行，故新當事人應受舊訴之訴訟狀態（事實、證據之提出）拘束。而雖然日本之複合行為說與特殊行為說在效果面上的論述有所不同，皆重視如何使新當事人得充分知悉舊訴之訴訟狀態一事。因此本文以為於我國法架構下，新當事人受舊訴訴訟狀態拘束之正當性，在原告變更的情形中，應可於新原告經法院適時闡明歷次書狀與證據後，衡量程序利益後所為的起訴之同意中探求。被告變更之情形，若是新被告亦同意被訴，則亦可依上述論理中探求；但新被告若未同意被訴，則可自新被告於舊訴之聽審請求權是否已受充分保障之情形（如：實際遂行訴訟為同一人者、新舊被告具緊密關聯者、新被告為舊訴訴訟判決效力所及且被通知參與訴訟）為拘束之正當性依據，若否，則允許新被告對於舊訴訴訟狀態爭執。

三、合一確定之當事人追加再探

在訴訟標的有合一確定必要之情形，固有必要共同訴訟得依第 5 款為追加。雖然原告之固有必要共同訴訟之範圍因民法第 828 條修訂後有縮減之現象，而僅

餘〈共同共有債權之行使〉仍於實務上要求一同起訴。學說雖有認為其屬類似必要共同訴訟，然並不影響得適用第 5 款為追加之結論。關於類似必要共同訴訟，經本文檢討後發現部分實務排除第 5 款於類似必要共同訴訟的適用，此點不僅與第 56 條之適用範圍相違外，更不當地減縮第 5 款之適用範圍，且與第 255 條係為求擴大紛爭解決之立法目的矛盾。因此不論係固有或類似必要共同訴訟，皆得依第 5 款為當事人之追加。

然追加原告之情形中，尚涉及新原告之起訴意思的有無。依第 56 條之 1，若是應一同為當事人之人拒絕成為原告，得於新原告不同意起訴時強制追加。就其適用範圍，本文贊同實務見解認為此條僅限於固有必要共同訴訟情形，而不包含類似必要共同訴訟，文獻上所認以分擔訴訟費用作為適用之依據，恐未注意被強制追加為原告後，其所尚須耗費之勞力、時間、費用之情形而有所未恰。

至於在訴訟標的無合一確定必要之情形中，本文首先認同 106 年度第 13 次民事庭決議之結論，即使有第 5 款之存在，亦得適用第 2 款為當事人之追加。並且認為「請求之基礎事實同一」作為一種獨立於共同訴訟類型論的法律概念，應可用於處理在傳統共同訴訟分類無法解決介於類似必要共同訴訟與普通共同訴訟之中間類型。如〈連帶債務人〉、〈連帶保證關係〉案例，由於各自於「主債務存否」、「主債務人/連帶保證人清償債務」之共同爭點上有合一確定必要，而於「審理」上有類推適用第 56 條之必要；然在「追加」的層面上，適用第 2 款為追加即足，蓋審理該共同爭點之訴訟資料具有重複利用可能。即使於共同爭點外有其他基於個人事項之爭點存在，亦得因訴訟資料具有一定的重複利用可能，而適用第 2 款為追加。

在第二審追加被告之部分，訴訟標的有合一確定必要而適用第 5 款為追加之情形，因統一解決紛爭之需求優先於審級利益之保護，得於新被告未同意下追加；相對地，因共通爭點有合一確定必要之案例而適用第 2 款之情形，則因判決效力並非當然擴張，若是欲正當化判決效力拘束於新被告之正當性，則不得忽視程序權之保障，其中自包含審級利益之保護。申言之，此時即須判斷新被告有無於第一審參與程序之機會，否則即應在取得其同意之情形下允許追加。

雖然，日本民訴法之合併辯論制度在要件（限於固有必要共同訴訟與規定應

合併辯論之類似必要共同訴訟)、發動(法院職權裁量)上,皆較我國嚴格,似乎能夠盡可能地提供當事人透過同一程序為紛爭解決機會。但是在當事人之追加的效果而言,對於我國有所啟發。首先,若判斷追加後為必要共同訴訟而適用第56條時,容易陷於如何判斷個別行為有利或不利的困局;其次,本文以為第56條的機能所以能夠有效發揮,應係預設了共同訴訟人皆「同時」進行程序的重大前提。然而在追加當事人的情形則有所不同,舊被告於追加前所做成的任何有利與不利行為,新被告可能沒有機會參與之(若是作為法定代理人、參加人等而有參與舊訴則另當別論),故直接適用第56條恐怕有些疑慮。要言之,在我國法下不宜單以第56條作為判別必要共同訴訟之追加的效果依據,而尚須判斷新被告是否有未能於舊訴參與機會,對於個別的事實主張、證據聲明者有無必要再次賦予爭執機會。

四、以判決基礎事實同一為請求基礎事實同一的當事人追加

針對第255條第1項第2款「請求之基礎事實同一」之定義,我國向來有社會事實同一說、判決基礎事實同一說與紛爭關聯同一說。於考察該款所參考的日本民訴法第143條後,本文認為應採取判決基礎同一說,蓋其能有效地兼顧靜態面的實體請求事實與動態面的訴訟資料。要之,請求基礎事實同一之定義應為「據以審判舊請求(舊訴)之基礎資料(事實)與據以審判新請求(有意變更或追加之新訴)之基礎資料(事實)同一」。

而本文以為,此定義亦得直接援用於主觀訴之變更追加,並無必要另與客觀訴之變更追加有所區隔。蓋當事人變更、追加雖主要涉及四項程序特徵,然皆可透過民訴法其他規定與程序法要求解釋。

首先當事人變更所涉及與訴之撤回制度的衝突,如同本章第二節所述,縱使被告已行言詞辯論,仍須得其同意方得准許當事人變更;其次,本文認為當事人追加並未涉逸脫民訴法第53條的問題,蓋第255條作為程序上動態面的規定,實屬第53條的特別規定。又第53條之要件既係為了保護被告的責問事項,縱使符合追加當事人之要件而不符第53條,於被告未異議之情形下,應尊重其合併審判統一解決紛爭之真意,不得因此而駁回追加。縱使被告爭執之,也僅屬分別

辯論之問題。

再者本文以為當事人變更、追加，仍須符合處分權主義之要求，特別是於原告變更、追加之情形，必須由新原告之起訴意思始得為之（但第 56 條之 1 則有例外）。又當事人變更追加所生的舊訴訴訟狀態拘束新當事人之效果，雖有違反辯論主義之嫌，但並非不得透過保障新當事人的聽審請求權，於變更、追加前詳細闡明舊訴訴訟狀態或於變更、追加後賦予爭執舊訴訴訟狀態的方式解決。最後於第二審所為的當事人變更、追加，固然涉及新當事人的審級利益問題，然此亦得以下述第五節所述的架構，判斷是否有妨礙新當事人的審級利益而予以程序保障。

五、 實質判斷審級利益保障有無之架構

依大法官釋字之解釋，審級利益雖作為憲法訴訟權所保障之客體，然並非不得委由立法限制之。於民訴法規定上，亦可認知其為當事人所處分之程序利益。

將最高法院 106 年度第 13 次決議明文化的民訴法第 446 條草案中，固謂第二審依據請求基礎事實同一之當事人變更追加，需在未侵害新當事人之審級利益之前提下始得為之。在此之中尤以新被告之審級利益保障為最重要者。獨立爭點說認為，新被告之審級利益應可吸收於更高的訴訟資料援用可能性，亦即若是第二審未有獨立於第一審之爭點存在，即得允許變更；相對地，審級利益說則認為應以新被告之「同意權」與「實際參與前程序」作為是否有礙審級利益之判斷基礎，重視新被告之實際參與狀態。於二說之間，本文認為獨立爭點說忽略新被告於第一、二審的程序利益狀態各有不同，且未考量新被告有無於第一審參與程序，乃是第二審准駁變更、追加的重要因素，因此採取審級利益說。

進一步論，本文對於判斷有無審級利益之欠缺上，試提出一判斷架構：原則上視新被告有無同意放棄其審級利益；若無，則自「客體面」判斷第二審有無獨立於第一審之爭點存在，具體而言應可自前述獨立爭點說所提出之標準為取徑；自「主體面」而言，則可參考民訴法修正草案第 446 條第 1 項的立法理由，在「變更追加之當事人曾於第一審參加訴訟、已受告知訴訟、職權通知、或為當事人之法定代理人或訴訟代理人而參與訴訟程序等情形」之情形下即得謂符合。而

依此判斷架構，僅有在第一審未參與程序、第二審亦未有獨立於第一審之爭點時，始得於新被告未同意之情形下為變更、追加。



六、 研究待決問題與未來展望

本文所研究民訴法第 255 條第 1 項第 2 款之適用，與同條項第 5 款之關聯，皆係由「原告側」所發動的當事人變更、追加。然而關於被告側即反訴部分（第 259 條），是否應放寬被告亦得依據「請求基礎事實同一」為當事人追加，以符合武器平等原則與紛爭統一解決之程序目標，有待深入研究。此外，家事事件法第 41 條第 1 項所稱之「請求基礎事實相牽連」，與第 255 條第 1 項第 2 款所稱「請求基礎事實同一」相比，是否具有較廣的適用範圍，抑或係因涉及非訟事件的合併而調整用語，又實務上係如何操作此條的解釋，皆有值得研議之處。

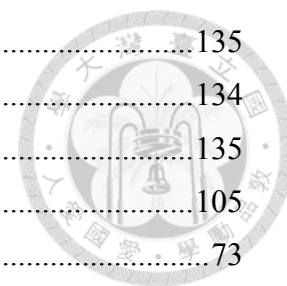
裁判索引



日本判決

大阪地裁昭和 46 (1971) 年 3 月 24 日判決.....	134
大審院大正 12 (1923) 年 12 月 17 日判決.....	134
大審院明治 34 (1901) 年 10 月 9 日判決.....	48
大審院昭和 10 (1935) 年 6 月 20 日判決.....	155
大審院昭和 10 (1935) 年 7 月 13 日判決.....	155
大審院昭和 11 (1936) 年 3 月 11 日判決.....	73
大審院昭和 12 (1937) 年 2 月 12 日裁定.....	135
大審院昭和 12 (1937) 年 4 月 5 日判決.....	155
大審院昭和 18 (1943) 年 3 月 19 日判決.....	156
大審院昭和 3 (1928) 年 8 月 8 日判決.....	48, 73
大審院昭和 6 (1931) 年 10 月 30 日判決.....	155
大審院昭和 8 (1933) 年 11 月 18 日判決.....	155
大審院昭和 8 (1933) 年 2 月 7 日判決.....	155
大審院昭和 8 (1933) 年 3 月 10 日判決.....	135
大審院昭和 8 (1933) 年 3 月 9 日判決.....	155
仙台地判昭和 28 (1953) 年 7 月 27 日判決.....	74
札幌高裁昭和 53 (1978) 年 11 月 15 日判決.....	134
名古屋地裁平成 2 (1990) 年 12 月 7 日判決.....	104
名古屋地裁平成 27 (2015) 年 12 月 18 日判決.....	135
岐阜地判昭和 32 (1957) 年 5 月 22 日判決.....	48
東京地判昭和 25 (1950) 年 12 月 11 日判決.....	49
東京地判昭和 33 (1958) 年 9 月 3 日判決.....	74
東京高判昭和 59 (1984) 年 6 月 27 日判決.....	156
神戸地判昭和 26 (1951) 年 2 月 15 日判決.....	48, 50, 53
神戸地判昭和 31 (1956) 年 5 月 8 日判決.....	48
最高裁平成 11 (1999) 年 11 月 9 日判決.....	105
最高裁平成 20 (2008) 年 7 月 17 日第一小法廷判決.....	105
最高裁平成 6 (1994) 年 5 月 31 日第三小法廷判決.....	105
最高裁昭和 41 (1966) 年 11 月 25 日第二小法廷判決.....	105

最高裁昭和 41 (1966) 年 4 月 12 日判決.....	135
最高裁昭和 42 (1967) 年 9 月 27 日大法院判決.....	134
最高裁昭和 43 (1968) 年 11 月 19 日判決.....	135
最高裁昭和 46 (1971) 年 12 月 9 日第一小法院判決.....	105
最高裁昭和 48 (1973) 年 10 月 26 日第二小法院判決.....	73
最高裁昭和 62 (1987) 年 7 月 17 日第三小法院判決.....	102, 104, 125



我國判決

士林地方法院 104 年度訴字第 383 號判決.....	121
台中地方法院 102 年度訴字第 1167 號判決.....	115
司法院院解字第 3985 號解釋.....	30
板橋地方法院 91 年度訴字第 179 號判決.....	115
苗栗地方法院 104 年度訴字第 366 號判決.....	37, 57
桃園地方法院 100 年度訴字第 1304 號判決.....	98, 107
桃園地方法院 105 年度訴字第 1048 號判決.....	100, 108
高雄地方法院 103 年度重訴字第 31 號判決.....	121
高雄地方法院 105 年度訴字第 1152 號判決.....	64
高雄地方法院 105 年度鳳勞簡字第 9 號判決.....	66
高雄地方法院 97 年度雄簡字第 3960 號判決.....	36
高雄地方法院 97 年度鳳小字第 2721 號判決.....	66
高雄地方法院 99 年度雄保險簡字第 17 號判決.....	62
基隆地方法院 101 年度重訴字第 41 號判決.....	100
最高法院 100 年度台抗字第 956 號裁定.....	124
最高法院 102 年度台上字第 1528 號判決.....	29
最高法院 102 年度台抗字第 1031 號.....	3
最高法院 102 年度台抗字第 1031 號裁定.....	13, 120
最高法院 102 年度台抗字第 227 號裁定.....	124
最高法院 102 年度台抗字第 518 號.....	3
最高法院 102 年度台抗字第 518 號裁定.....	124, 125
最高法院 102 年度台抗字第 589 號裁定.....	26, 67
最高法院 103 年度台抗字第 39 號裁定.....	119
最高法院 104 年度第 3 次民事庭 (一) 決議.....	94
最高法院 104 年度第 3 次民事庭決議.....	106
最高法院 105 年度台抗字第 499 裁定.....	120

最高法院 106 年度台抗字第 1034 號裁定.....	123
最高法院 106 年度台抗字第 1061 號裁定.....	148
最高法院 106 年度台抗字第 891 號裁定.....	96
最高法院 106 年度第 13 次民事庭決議.....	4, 5, 113, 119
最高法院 18 年度上字第 848 號判例.....	84
最高法院 22 年度上字 729 號判例.....	86
最高法院 22 年度上字第 729 號判例.....	84
最高法院 26 年度渝上字第 386 號判例.....	3, 8
最高法院 28 年度上字第 2199 號判例.....	96
最高法院 28 年度渝上字第 1644 號判例.....	32
最高法院 28 年度渝上字第 2199 號判例.....	87
最高法院 31 年 11 月 19 日民刑庭會議決議.....	87, 95
最高法院 32 年度上字 2723 號判例.....	84
最高法院 33 年度上字第 4810 號判例.....	112
最高法院 40 年度台上字第 105 號判決.....	61
最高法院 41 年度台上第 184 號判例.....	8
最高法院 43 年度台上字第 601 號判例.....	29
最高法院 56 年度台上字第 3064 號判例.....	142, 146
最高法院 65 年度台上字第 2183 號判例.....	30
最高法院 71 年度台上字第 3746 號判例.....	178
最高法院 80 年第 5 次刑事庭會議（二）決議.....	120
最高法院 86 年度台抗字第 284 號判決.....	116
最高法院 87 年度台上字第 1006 號判決.....	67
最高法院 87 年度台抗字第 137 號裁定.....	96
最高法院 90 年度台抗字第 2 號裁定.....	147
最高法院 91 年度台上字第 996 號判決.....	95
最高法院 91 年度台抗字第 281 號裁定.....	148
最高法院 91 年度台抗字第 708 號裁定.....	148
最高法院 91 年度台抗字第 8 號裁定.....	116, 120
最高法院 93 年度台抗字第 403 號裁定.....	96
最高法院 94 年度台上字第 2377 號判決.....	96
最高法院 95 年度台上字第 1834 號判決.....	96
最高法院 95 年度台上字第 2245 號判決.....	96
最高法院 95 年度台上字第 527 號裁定.....	124
最高法院 96 年度台上字第 2496 號判決.....	96

最高法院 96 年度台上第 1201 號判決.....	8
最高法院 98 年度台上字第 1283 號判決.....	86
最高法院 98 年度台上字第 652 號判決.....	29
最高法院 98 年度台抗字第 811 號裁定.....	99
雲林地方法院 104 年度重訴字第 80 號判決.....	37
雲林地方法院 105 年度六小字第 181 號判決.....	34
新竹地方法院 106 年度竹北小字第 8 號判決.....	37
新竹地方法院 106 年度竹東小字第 27 號判決.....	35
嘉義地方法院 93 年度重訴字第 24 號判決.....	100
臺中地方法院 106 年度中訴字第 5 號判決.....	34
臺北地方法院 100 年度北簡字第 12026 號判決.....	99, 108
臺北地方法院 104 年度店簡字第 1022 號判決.....	34
臺北地方法院 104 年度訴字第 1499 號判決.....	38
臺北地方法院 105 年度建簡上字第 12 號裁定.....	118
臺北地方法院 106 年度訴字第 2322 號判決.....	65
臺北地方法院 88 年度訴字第 1503 號判決.....	61
臺北地方法院 89 年度訴字第 2689 號判決.....	98, 107
臺北地方法院 92 年度訴字第 2130 號判決.....	122
臺北地方法院 96 年度重訴字第 125 號判決.....	101
臺北地方法院 97 年度訴字第 6644 號判決.....	63
臺灣高等法院 100 年度上更(一)字第 74 號判決.....	122
臺灣高等法院 103 年度上字第 1276 號判決.....	114
臺灣高等法院 103 年度上字第 1345 號判決.....	97, 107
臺灣高等法院 103 年度上易字第 291 號判決.....	114
臺灣高等法院 103 年度上易字第 622 號判決.....	96
臺灣高等法院 103 年度重上字第 39 號裁定.....	97
臺灣高等法院 104 年度抗字第 1144 號裁定.....	38
臺灣高等法院 105 年度重上字第 548 號判決.....	94
臺灣高等法院 106 年度抗字第 766 號裁定.....	36
臺灣高等法院 91 年度重上字第 330 號判決.....	122
臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 126 號判決.....	93
臺灣高等法院 99 年度上字第 15 號裁定.....	117
臺灣高等法院 99 年度抗字第 1332 號裁定.....	65
臺灣高等法院台中分院 104 年度重上字第 96 號判決.....	39
臺灣高等法院台中分院 98 年度再易字第 35 號裁定.....	13

臺灣高等法院高雄分院 106 年度上字第 144 號判決.....	33
臺灣高等法院高雄分院 93 年度勞抗字第 3 號裁定.....	63
臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會民事類提案第 36 號.....	3, 120



參考文獻



一、中文部分（依姓氏筆畫數排序）

（一）教科書與專書

- Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2013）。《法學方法論》。台北：五南。
- 王文字（2016）。《公司法論》，五版。台北：元照。
- 王甲乙、楊建華、鄭健才（2003）。《民事訴訟法新論》。台北：三民。
- 王澤鑑（1999）。《法律思維與民法實例：請求權基礎理論體系》，台北：自刊。
- 司法院（1988）。《司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（四）》。台北：司法院秘書處。
- 司法院（1986）。《民事訴訟法歷次修正條文暨理由彙編》。台北：司法院秘書處。
- 司法院（1992）。《民事訴訟法修正草案初稿條文暨說明》。台北：司法院秘書處。
- 石志泉（1923）。《民事訴訟條例釋義下卷》，北京：司法公報發行所。
- 石志泉（1923）。《民事訴訟條例釋義中卷》，北京：司法公報發行所。
- 吳明軒（2016）。《民事訴訟法（中）》，修訂十一版。台北：三民。
- 呂太郎（2009）。《民事訴訟之基本理論（一）》。台北：元照。
- 呂太郎（2016）。《民事訴訟法》。台北：元照。
- 沈冠伶（2012）。《程序保障與當事人》。台北：元照。
- 林誠二（2001）。《民法債編總論（下冊）》。台北：瑞興。
- 邱聯恭（2005）。《程序利益保護論》。台北：三民。
- 邱聯恭講述，許士宦整理（2017），《口述民事訴訟法講義（一）2017年筆記版》。台北：自刊。
- 邱聯恭講述，許士宦整理（2017），《口述民事訴訟法講義（二）2017年筆記版》。台北：自刊。
- 姜世明（2009）。《民事程序法實例研習（一）》。台北：元照。
- 姜世明（2016）。《民事訴訟法（上）》，五版。台北：新學林。
- 姚瑞光（2012）。《民事訴訟法論》。台北：自刊。
- 高金枝（1999）。《民事訴訟中必要共同訴訟之研究》。台北：司法院秘書處。
- 莊柏林（2000）。《民事訴訟法概要》，三版。台北：三民。
- 許士宦（2006）。《審判對象與適時審判》。台北：新學林。
- 許士宦（2009）。《集中審理與審理原則》。台北：新學林。
- 許士宦（2010）。《訴訟參與與判決效力》。台北：新學林。
- 許士宦（2016）。《民事訴訟法（上）》。台北：新學林。
- 許士宦（2016）。《民事訴訟法（下）》。台北：新學林。

- 陳計男 (2014)。《民事訴訟法論 (上)》，修訂六版。台北：三民。
- 陳榮宗、林慶苗 (2016)。《民事訴訟法 (上)》，修訂八版。台北：三民。
- 孫森焱 (1988)。《民法債編總論》，修訂八版。台北：三民。
- 黃國昌 (2010)。《民事訴訟法教室 I》，二版。台北：三民。
- 黃國昌 (2012)。《民事程序法學的理论與實踐》。台北：元照。
- 楊建華 (1991)。《問題研析民事訴訟法 (四)》。台北：三民。
- 楊建華 (2010)。《問題研析民事訴訟法 (一)》。台北：三民。
- 楊建華原著，鄭傑夫增訂 (2009)。《民事訴訟法要論》。台北：自刊。
- 楊淑文 (2006)。《民事實體法與程序法爭議問題》。台北：元照。
- 劉連煜 (2011)。《現代公司法》，增訂七版。台北：新學林。
- 駱永家 (1980)。《民事法研究 I》。台北：三民。
- 駱永家 (1989)。《民事法研究 III》。台北：三民。
- 駱永家 (2011)。《新民事訴訟法 II》。台北：三民。
- 駱永家 (2015)。《新民事訴訟法 I》。台北：三民。
- 魏大曉 (2015)。《民事訴訟法》。台北：三民。



(二) 專書論文與期刊論文

- 王欽彥 (2009)。〈當事人之變更追加與訴之變更追加〉，《台灣法學雜誌》，142 期，頁 25-44。
- 吳從周 (2012)。〈民事訴訟法第 56 條之 1 強制固有必要共同訴訟與民法第 828 條修正前後之互動 (上)〉，《台灣法學雜誌》，201 期，頁 75-92。
- 呂太郎 (2000)。〈原因事實與基礎事實〉，《台灣本土法學雜誌》，11 期，頁 144-149。
- 呂太郎 (2014)。〈共同訴訟 (上)〉，《月旦法學教室》，第 146 期，頁 36-48。
- 沈冠伶 (2014)。〈爭點效之主觀範圍與第三人之程序參與〉，《台灣法學雜誌》，239 期，頁 75-94。
- 沈冠伶 (2014)。〈東亞法院的民事紛爭解決〉，收於：葉俊榮 (編)，《轉型中的東亞法院—基本形貌、紛爭解決與行政治理》，頁 65-112。台北：台大出版中心。
- 沈冠伶 (2017)。〈2016 年民事程序法之實務發展〉，《台大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1425-1464。
- 邱聯恭 (2012)。〈「程序主體」概念相對化理論之形成及今後 (下)〉，《月旦法學雜誌》，202 期，頁 88-103。
- 許士宦 (2018)。〈第二審程序基於請求基礎事實同一之當事人追加〉，《月旦裁判時報》，66 期，頁 34-45。

- 陳剛、何志輝、張維新(2004)。〈清末民事訴訟立法進程研究〉，收於：陳剛(編)，
《中國民事訴訟法制百年進程》，1卷，頁101-138。北京：中國法制。
- 陳瑋佑(2017)。〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加〉，《台灣法學雜誌》，
325期，頁1-22。
- 黃明展(2009)。〈論「請求之基礎事實同一」之判斷標準〉，《法令月刊》，60卷
4期，頁62-72。
- 黃國昌(2009)。〈客體面之複雜訴訟型態：第二講—訴之客觀變更追加〉，《月旦
法學教室》，81期，頁56-66。
- 黃國昌(2009)。〈論命拒絕共同起訴人強制追加為原告之程序機制：由實證觀點
出發之考察與分析〉，《台大法學論叢》，38卷4期，頁67-131。
- 黃國昌(2011)。〈第三審上訴(上)〉，《月旦法學教室》，105期，頁66-75。
- 楊建華(1988)。〈八十年來我國民事訴訟法之概況〉，《輔仁法學》，7期，頁285-
307。
- 劉明生(2011)。〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號
裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三二號裁定〉，《月旦法學雜誌》，
191期，頁191-204。
- 劉明生(2018)。〈當事人變更與追加之容許要件—以當事人同意權之保護為中心〉，
《月旦裁判時報》，72期，頁30-40。
- 魏大曉(2004)。〈訴訟基本權在民事訴訟法之實現〉，《月旦法學雜誌》，105期，
頁120-143。

(三) 碩博士論文

- 王玉如(2001)。《誠信原則於民事訴訟上之適用》，國立臺灣大學法律學院法律
學研究所碩士論文(未出版)，台北。
- 陳冠中(2017)。《民事訴訟法上共同訴訟人間之合一確定》，國立臺灣大學法律
學院法律學研究所碩士論文(未出版)，台北。

(四) 研討會論文

- 姚瑞光等(1996)。〈類似必要共同訴訟問題之研究〉，收於：民事訴訟法研究基
金會(編)，《民事訴訟法之研討(一)》，頁255-288。台北：元照。
- 范光群等(1990)。〈訴之變更追加之研究〉，收於：民事訴訟法研究基金會(編)，
《民事訴訟法之研討(三)》，頁538-614。台北：元照。
- 陳榮宗等(1997)。〈任意之當事人變更〉，收於：民事訴訟法研究基金會(編)，
《民事訴訟法之研討(八)》，頁176-237。台北：元照。



二、日文部分（依姓氏五十音序排序）

（一） 單行本

- 『一問一答新民事訴訟法』法務省民事局參事官室編（商事法務研究会，1996）。
- 伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣，第四補訂版，2014）。
- 伊藤眞「当事者確定論」『民事訴訟の当事者』（弘文堂，2004）156-201頁。
- 井上治典「被告による第三者の追加」『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂，1981）153-180頁。
- 菊井維大「訴の変更」『民事訴訟法講座』1卷（有斐閣，1954）185-211頁。
- 井口牧郎「証人尋問と弁論の併合分離」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法上巻』（青林書院新社，1970）290-297頁。
- 河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣，2009）。
- 川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社，2013）。
- 兼子一「訴訟承継論」『民事法研究I』（酒井書店，1940）。
- 兼子一『判例民事訴訟法 [十六版]』（酒井書店，1957）。
- 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店，増補第七版，1967）。
- 斎藤秀夫「当事者の変更」『民事訴訟法概論』（有斐閣，新版，1982）。
- 細野長良『民事訴訟法要義』二卷（巖松堂，1933）。
- 三ヶ月章『民事訴訟法』（弘文堂，第三版，2008）。
- 山木戸克己「追加的共同訴訟」『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣，1961）73-90頁。
- 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法 III』（日本評論社，第一版，2008）。
- 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法 I』（日本評論社，第二版，2006）。
- 小山昇『民事訴訟法』（青林書院新社，四訂版，1984）。
- 小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法』（判例タイムズ社，補訂版，2005）。
- 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』（有斐閣，1992）。
- 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂，第五版，2011）。
- 新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」『民事訴訟法の役割』（有斐閣，オンデマンド版，2009）。
- 西村宏一「利害相対立する共同訴訟人間の訴訟法律關係」垂子克己＝兼子一編『訴訟と裁判：岩松裁判官還暦記念』（有斐閣，1984）239-254頁。
- 前田直之助『民事訴訟法講義』第2編（巖松堂，1917）
- 滝川叡一「請求の主觀的扨一關係と共同訴訟」本井巽＝中村修三編『民事実務

- ノート』2巻(判例タイムズ社,1994)108-147頁。
- 竹下守夫=上原敏夫「訴の変更」兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫=高橋宏志=加藤新太郎=上原敏夫=高田裕成『条解民事訴訟法』(弘文堂,2011)。
- 中島弘道『日本民事訴訟法』2巻(松華堂,1934)
- 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕『新民事訴訟法講義』(有斐閣,第二版,2006)。
- 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕『新民事訴訟法講義』(有斐閣,第三版,2018)。
- 中村英郎「訴の変更理論の再検討」中務俊昌ほか編『民事訴訟の理論:中田淳一還暦記念』(有斐閣,1969)153-195頁。
- 中村宗雄『訴の変更と請求の基礎』『判例民事訴訟研究』1巻(巖松堂,1939)347-400頁。
- 梅本吉彦『民事訴訟法』(信山社,第四版,2009)。
- 尾中俊彦「当事者の確定と任意的当事者変更」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法』上巻(青林書院新社,1970)69-76頁。
- 平野裕之『物権法』(日本評論社,2016)。
- 福永有利「当事者の確定理論の意義」『民事訴訟当事者論』(有斐閣,2004)428-445頁。
- 福永有利「任意的当事者変更」『民事訴訟当事者論』(有斐閣,2004)530-551頁。
- 民事訴訟実態調査研究会(代表竹下守夫)編『民事訴訟の計量分析(続)』(商事法務,2008)。

(二) 雑誌論文

- 高島義郎「当事者の変更」『関西大学法学論集』8巻6号(1959)20-51頁。
- 齋藤哲「弁論併合における当事者の手続保障と裁判所の裁量(二・完)」『民商法雑誌』99巻5期(1989)657-679頁。
- 山田正三「訴の変更」『法学論叢』49巻4号(1943)397-431頁。
- 上田竹志「任意的当事者変更について」『民事訴訟法雑誌』60巻(2014)171-181頁。
- 上野泰男「当事者の変更」民事訴訟法の争点・(有斐閣,旧版,1979)74-75頁。
- 納谷廣美「当事者変更の理論について」『法律論叢』63巻1号(1990)1-27頁。
- 飯塚重男「任意的当事者変更」上智法学論集5巻2号(1961)195-225頁。
- 鈴木重勝「任意的当事者変更理論の系譜」早大法学35巻3・4冊(1959)559-599頁。
- 鈴木重勝「任意的当事者変更の許容根拠」『早稲田大学法学』36巻3・4冊(1961)165-200頁。



(三) 判例研究

安西明子「主観的追加的併合」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選』(判例タイムズ社，第五版，2015) 202 頁。

坂原正夫「最高裁判事例研究二六三」『慶応義塾大学法学研究会』61 卷9 号(1988) 107-115 頁。

小野寺忍「主観的追加的併合」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選』(判例タイムズ社，第四版，2010) 208-209 頁。

五十部豊久「主観的追加的併合」『別冊ジュリスト』115 卷(1992) 360-361 頁。

五十部豊久「主観的追加的併合」『別冊ジュリスト』146 卷(1998) 372-373 頁。

高橋宏志「主観的追加的併合を認めることはできない」『法学協会雑誌』106 卷1 号(1989) 145-155 頁。

鶴田滋「通常共同訴訟人独立の原則」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選』(判例タイムズ社，第五版，2015) 200-201 頁。

福永有利「訴えの主観的追加的併合の拒否」『ジュリスト』889 卷(有斐閣，1987) 68-73 頁。

宮川知法「主観的追加的併合」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点』(有斐閣，第三版，1998) 100-101 頁。

(四) 座談會論文

青山善充ほか「新民事訴訟法をめぐって(第4回)」『ジュリスト』1105 号(1997) 65-82 頁。