當事人恆定原則之實務操作與訴訟效力探究（二）
—以當事人與繼受人之參與程序選擇為中心 下

文／楊智守

（文接上期）

然而，僅止於準用民訴第 56 條之規定，繼受人仍非共同訴訟之當事人[21]，性質上僅當事人所得為之訴訟行為，如訴之變更、追加、反訴，捨棄，認諾，和解等處分權行為，仍不得為之[22]。以上可見，繼受人以參加人身分參與本案訴訟，並未影響當事人恆定原則之內涵。

四、他造當事人以訴之主觀變更追加繼受人為被告

由於我國民訴並未明文設置「由他造當事人聲請特定繼受人承當訴訟」的程序機制[23]，實務上遂出現他造當事人以訴之主觀變更追加繼受人為被告的程序操作，例如：原告甲基於占有物返還請求權，請求被告 Y 返還 A 屋，於訴訟繫屬中，得知 Y 將 A 屋移轉予第三人，遂變更或追加繼受 A 屋占有之人為被告。

此種由他造當事人基於程序主體地位所為之處分權行為，或者移轉人與繼受人係原告方，但不採承當訴訟而選擇以訴之主觀變更追加方式，尚難基於「立法者業已設定當事人恆定原則之法定訴訟擔當與既判力主觀效力擴張，足以保障他造當事人之利益」為由予以禁止，就上揭舉例而言，原告甲所為訴之主觀變更追加，固係為「防免未來於強制執行之階段浮現特定繼受人是否屬於受判決效力主觀範圍所及」之爭執所致，然此應係原告之個人訴訟避險選擇，況且訴之主觀變更追加，具有程序上直覺操作之便利性，雖有招致「將本質上屬於訴訟承繼之問題當作當事人追加之問題處理之錯置，呈現嚴重的內在邏輯矛盾與混亂[24]」之批評，但仍為實務運作所常見，以下遂分別探討之。

（一）主觀訴之追加：

在訴訟繫屬中發生符合當事人恆定原則要件的實體關係變動事實時，基於法定訴訟擔當機制，訴訟標的轉變為以繼受人為主體的法律關係（僅係由移轉人繼續行使訴訟實施權），故他造當事人追加繼受人為被告之訴訟行為，即違反重複起訴禁止原則，法院應為駁回追加之裁定，並以書面將訴訟繫屬之事實通知繼受人，俾移轉人或繼受人決定是否聲請承當訴訟。但若原告在法院裁定駁回前撤回對移轉人（即舊被告）之訴訟者[25]，該訴之追加則不違反重複起訴禁止原則。

（二）主觀訴之變更：

被告變更雖不違反重複起訴禁止原則，但應符合主觀訴之變更的程序限制[26]，亦即在第一審程序，應具有民訴第 255 條第 1 項但書所列 7 款事由；在第二審程序，則須經被告明示同意[27]或有民訴第 255 條第 1 項但書所列第 2 款至第 6 款事由。其中，就民訴第 255 條第 1 項第 2 款所謂「請求之基礎事實同一」，最高法院決議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。在第二審依第 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。[28]亦得參酌學說就下列情況所認為訴之主觀變更的程序限制。

1. 原告之變更：

除應得新舊原告同意外，在被告已經本案言詞辯論的情形，應得其同意（含擬制同意，除非被告拒絕同意有構成權利濫用情形者[29]），但得否以有請求之基礎事實同一或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結之事由，取代被告之同意，則有不同意見[30]。

新原告須受到原先訴訟結果之拘束，先前舊原告所為自認，或遲延提出新攻擊防禦方法經法院裁定駁回者，新原告均受拘束。在第二審程序，原告變更者，所有當事人均受到先前訴訟結果拘束[31]。

2. 被告之變更：

（1）應得舊被告同意，惟此同意亦有區別是否經本案言詞辯論及得否被取代之不同[32]。

（2）是否得新被告同意：

第一審程序，無庸經其同意，但須有將舊被告變更為新被告而利用原訴訟程序之利益存在[33]，亦即當原訴訟資料與新訴訟資料，並無「部分一致性」之情形時，則無法達到訴訟經濟之效果，不應准許被告之變更[34]。第二審程序，為充分保障新被告之審級利益，應得新當事人之同意（如拒絕同意有權利濫用情形，則無庸得其同意[35]）。亦有認為除非此種變更，於新當事人之程序權保障未予重大影響，或因其同意為此變更而捨棄審級利益，否則不能逕以請求之基礎事實同一為由，即逕許原告將原非第一審當事人之第三人於第二審變更其為被告[36]。

（三）主觀訴之變更與第三人承當訴訟之比較

以上可知，第三人承當訴訟與當事人變更，均屬改由實質當事人進行訴訟的程序操作手段，以達成由實質當事人進行訴訟為目的，不論得否以請求之基礎事實同一或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結之事由取代被告之同意為前提，比較上揭二程序操作手段之要件差異及難易結果如下：

1. 訴訟標的實體關係之變動方為原告：

移轉人與繼受人具有選擇承當訴訟或訴之主觀變更方式，若選擇操作第三人承當訴訟，則他造當事人（被告）沒有主動發動權，僅能被動表示同意與否，故他造當事人不具決定性；若選擇操作當事人變更，則他造當事人雖亦非發動之一方，但其同意與否，對繼受人能否透過主觀變更而成為訴訟主體則具有決定性，尤其在被告業經本案言詞辯論時，更是如此。故就移轉人而言，採行承當訴訟方式，相對容易達成由繼受人即實質當事人進行訴訟之目的。

2. 訴訟標的實體關係之變動方為被告：

因移轉人與繼受人為被告方，僅得操作承當訴訟方式，但須新舊被告（即移轉人與繼受人）均有承當意願。他造當事人（原告）雖無聲請承當訴訟權，但得操作當事人變更，只是在第一審程序，至少須取得舊被告（移轉人）同意；在第二審程序，則必須得到新舊被告（移轉人與繼受人）均同意。故訴訟進行到第一審程序時，舊被告有改由繼受人實施訴訟之意願，新被告無意願時，得由他造當事人以當事人變更方式達成目的。在第二審程序，只要繼受人無意願，無論採承當訴訟或主觀變更均不能達到目的，也就是訴訟只能維持由移轉人即舊被告實施訴訟。反之，若繼受人有實施訴訟意願，則不論以承當訴訟或當事人變更均可達到目的。

參 結論

訴訟標的法律關係於訴訟繫屬中移轉，實體關係即已發生主體變動，原訴訟所欲解決的實體紛爭，若未因主體更易而消彌，則為保障他造當事人不須另外起訴應訴之權益，故有當事人恆定原則之適用。且為有效達到訴訟目的，自不能以實體權利保護要件因移轉而有欠缺予以駁回，遂以法定訴訟擔當與既判力主觀效力擴張為內涵，規定仍由移轉人為形式當事人進行訴訟。又更為徹底解決紛爭，顧慮到移轉人已無實體利害關係，繼受人得選擇以承當訴訟、提起主參加訴訟、為輔助移轉人而參加訴訟、訴之主觀變更等方式參與訴訟。因各訴訟行為之要件不一，所受限制亦有不同，當事人仍應視當時訴訟進行程度適切選擇所得為之參與程序方式，不侷限於民訴第 254 條所定承當訴訟方式，俾徹底解決實體紛爭，發揮訴訟機能。

（作者為橋頭地院庭長）

註釋

21 33 年湘粵上字第 101 號民事判例意旨。

22 延伸自 23 年抗字第 1066 號民事判例「對於原告提起反訴，惟被告始得為之，參加人雖得輔助被告為一切訴訟行為，但提起反訴則以出於輔助之目的以外，自非法之所許」。

23 此程序機制在非採當事人恆定而採訴訟承繼主義的日本民事訴訟法第 49、50 條有規定由他造當事人發動之「引受承繼」（黃國昌，註 3）；在採當事人恆定主義的德國民訴法第 266 條第 1 項亦有規定在「占有人與第三人間就土地主張權利存在或不存在、基於土地而生之義務，訴訟繫屬中土地被移轉時」，如依他造當事人之聲請，權利繼受人有義務承當訴訟（劉明生，註 6）。

24 黃國昌，註 3，頁 154-159。其理由係認為「就法律效果而言，一般當事人追加，係以『不承認訴訟狀態之承繼』為原則；當事人恆定原則之承當訴訟，則係以『必須承繼原來訴訟狀態』為原則，二者即有不同」。但亦有認為新變更或追加之當事人，原則上應受原訴訟結果之拘束，如此始能達到容許當事人變更與追加之目的（劉明生，註 6，頁 197）。

25 參考王甲乙、楊建華、鄭健才（2003），《民事訴訟法學新論》，頁 293-294 所載「前訴雖為不合法，但在駁回之裁定未確定前，前訴依然在繫屬中，仍不得提起後訴，蓋是否具備訴訟成立要件，尚應由前訴之訴訟程序加以裁判始能決定。若後訴雖係在前訴繫屬中提起，但至後訴事實審之言詞辯論終結時，前訴已因不具備訴訟成立要件被裁定駁回確定者，後訴之瑕疵即歸消滅」。

26 如臺灣高等法院暨所屬法院 100 年度法律座談會民事類提案第 40 號法律問題（三）所列「如乙於訴訟中將其所有該土地應有部分全部出賣並移轉所有權登記與丁，甲因此追加丁為被告，並同時撤回其對乙之訴，經乙同意，惟其撤回之效力是否及於全體被告？」審查意見及研討結果所採「乙、丁，仍為固有必要共同訴訟之共同被告，如共同被告已為本案言詞辯論者，則甲僅撤回對於乙之訴，其撤回不發生效力。若丁未承當乙之訴訟，尚應注意是否可解為當事人由乙變更為丁，依訴之變更相關規定處理」。

27 亦即排除民訴第 255 條第 2 項所定在第一審程序得以「被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加」之適用。

28 臺灣高等法院暨所屬法院 103 年度法律座談會民事類提案第 36 號研討結果建請最高法院研究，經最高法院以 106 年度第 13 次民事會議決議意旨參照。

29 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》，第 191 期，頁 203。惟沈冠伶（2005），〈被告之變更〉，《月旦法學教室》，第 36 期，頁 21，認為此時法院得類推適用第 254 條第 2 項規定，由法院裁定許為當事人變更，而取代被告之同意。

30 沈冠伶，前註，頁 21，認為如具有請求之基礎事實同一，或不甚礙被告之防禦及訴訟終結時，被告之同意可以被取代，但於本案言詞辯論後，如欲為當事人變更，仍應考慮第 262 條第 1 項但書（即被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意）之規定。惟劉明生，前註，頁 203 認為（1）在第一審原告變更時，若經被告為言詞辯論者，該變更仍應得被告同意，此同意不得以有助於「訴訟事件之解決」或請求基礎事實之同一性代替。若被告未為言詞辯論，則無須經其同意。（2）在第二審原告變更時，須得新、舊原告及被告之同意始得為之，被告之同意不得以有助於「訴訟事件之解決」或請求基礎事實之同一性代替。

31 劉明生，註 29。

32 沈冠伶，註 29，認為如不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，亦得許可為變更。但行本案之言詞辯論後，為保護舊被告已經進行訴訟而能獲得勝訴確定判決之利益，原則上仍應得舊被告之同意，除非有濫用同意權之情形。劉明生，註 29，頁 200，認為如被告已為言詞辯論者，該變更仍應得被告同意，此同意不得以請求之基礎事實同一代替。

33 沈冠伶，註 29。

34 劉明生，註 29，頁 200。

35 沈冠伶，註 29；劉明生，註 29，頁 204。

36 許士宦（2008），〈請求之基礎事實同一與訴之變更、追加〉，《台灣本土法學雜誌》，第 104 期，頁 117。