從海克利益法學方法探討民事訴訟主觀訴之變更追加

－最高法院106年第13次民事庭會議決議評釋

下

文／魏大喨

（文接上期）

三、各主體利益之衝突

利益法學方法論，立法者須觀照各個主體之利益，此方法雖以私法關係為主，公法屬性之民事訴訟三面關係，主體利益不單私人，尚包括團體利益，立法者觀照之利益，包括司法資源、避免裁判矛盾、司法可信賴之公共利益，但當事人間之利益，如當事人之攻擊防禦、訴訟地位之平等對立、受適時裁判權、既判力正當性等相關程序權保障，或自己責任原則所導出之逾時攻防提出之禁止等當事人之程序利益，於立法規範形成階段，作為決定訴之更迭容許性之基礎素材，已否經立法者觀照，衡量各種利益衝突後，始形成法律誡命[20]。換言之，如新當事人之程序利益，已於本條項立法階段被充分關照，則本條項當可解為包括主觀更迭，否則，應為否定論之解釋。本此方法論，本條項之立法觀照利益為何？新當事人之程序利益保障，是否呈現於法條文義或立法理由（本應含立法過程之歷史素材，惟資料難尋）？均為探究本問題之主要對象與題材。

四、自立法理由觀察利益之衡量

本條項訴之更迭之立法理由說明，謂「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。……不許訴之變更，在防止妨害被告之利益，若被告自表同意，不妨允許，或許之變更，不至礙被告之防禦，或不使訴訟程序延滯者，則不至妨害被告之利益，亦不妨許其變更，以節約另行起訴之費用勞力及時間，此第一項但書之所以設也」等語。換言之，本條立法衡量之利益，以不妨害被告之防禦利益，惟如無礙訴訟終結，基於「節約另行起訴之費用勞力及時間」，則應係衡量原告之利益。本條之利益觀照，並無新當事人之程序權保障利益，亦即未見在如何情況下，新當事人有不受未親自實施訴訟法效果拘束之利益。足見本條立法觀照之利益仍在原當事人間之利益，即客觀訴之變更。但書第 1 款之「被告同意」，由立法理由前後文義結構，顯指「舊被告」之同意。因而第 1 款之容許更迭，應係指客觀更迭。

第 2 款請求之基礎事實同一，如從「任何人不受自己未親自實施訴訟行為之拘束」原理著手，因容許變更追加後，新當事人須受前已實施之訴訟效果拘束，因此立法規範應同時觀照新當事人之利益，縱然為請求之基礎事實同一，於其未及參與之訴訟程序，應觀照其有不受拘束之利益，惟法條文義及立法理由說明並無有關不受拘束之特別排除規定之利益觀照。

但書第 3、4、5、6 款係 89 年修法時，自原第 256 條移列，況第 3、4、6 款均指客觀更迭言，此觀察移列前第 256 條之立法理由即知。至第 5 款數人間之合一確定，雖屬主觀追加，但立法觀照之利益在於：如不准為主體追加，原訴須為當事人不適格之判決，原告須重行起訴之故，又為達合一確定目的需求，一人實施之訴訟結果，對其他必要共同訴訟人同有效力，因此有關新當事人之利益衡量，立法者已於同法第 56 條中觀照。即本款觀照之利益仍在原訴之原告，此類情形乃事務本質，而非原當事人與新當事人間之利益衡量決定，不能因此擴大解讀為本條項之立法規範，立法者已觀照新當事人之利益。

五、小結

自利益法學觀點，本條立法過程，立法觀照之主體利益，僅在於原當事人間，不及於新當事人，解釋論方面，本條法規範包攝之範圍，自須解為不包括主觀更迭。

肆 主觀更迭之法理基礎

主客觀之更迭，各國固因法制（立法形成）文字語言之表現，而有差異，但自憲法訴訟基本權保障所導出之基礎法理－程序權保障之利益，則無評價上差異，本文擬借德、日學說之見，以為說明。

一、德日學說參考

主觀更迭，要否以本條項為規範依據，於我國頗所爭議，但德、日則無，其爭議所在，在主觀更迭之性質論。即「任意的當事人變更追加」性質，是否為訴之變更追加，以及主客觀更迭之法理有何不同面向。

（一）德國

1. 關於客觀更迭

訴之變更方面。其民訴法第 263 條規定，訴訟繫屬後（第 261 條第 1 項、第 253 條第 1 款），原告非經被告同意不得為訴之變更。此所稱訴之變更，已明文指向訴之聲明及訴訟標的之變更－客觀訴之變更。學說方面，立於利益法學方法論，指本條規範之利益歸於被告，因原告為訴之變更不能使被告之防禦權喪失，且變更之訴如有理由時，被告須負擔該訴訟費用，免於費用負擔亦為一種利益。再從另一利益觀察，如被告不同意變更，則可能引發原告重新對同一被告另提他訴，有違訴訟經濟，因此可透過變更之訴之許可予以解決，而許可否，應考量之因素包括被告之利益與訴訟經濟。立法者因而於第 263 條創造法定違反被告意願之許可訴之變更可能性[21]。學說亦認本條適用範圍，係指客觀變更。訴訟標的之變更，例如原告原依侵權行為法律關係請求財產上損害賠償，其後變更為精神上損害賠償，採一分肢說時，因聲明未變，不涉及訴之變更，但如採二分肢說，則因社會紛爭事實之變更，而有訴之變更之可能。學者即謂，如社會紛爭事實延展的越廣，則二分肢說理論將越接近一分肢說[22]。

訴之合併（追加合併）方面。德國民訴法第 260 條亦明示須於同一當事人間主張不同之訴訟請求，且須為同一種類之訴，法院對各請求權均有管轄權，且復未明文禁止者[23]，即指客觀合併言，不包括主觀合併。

2. 關於主觀更迭

德國主觀訴之變更追加，乃指當事人之更換與加入（主觀更迭）。就主觀變更方面，其因法律規定者，稱為法定當事人變更（gesetzlich Parteiänderung）。例如第 239 條之當事人死亡之承受；第 265 條因系爭標的物之轉讓而承繼訴訟。無法律明定之當事人變更，乃任意當事人變更，此屬「容許性」問題，而學說爭議重點，在法律性質及所導引出容許性之前提要件為何[24]？

學說就當事人變更（主觀變更）之性質，主要有：

第一說、訴之變更說。早期學說見解，為聯邦最高法院所採，主觀變更，依有關客觀變更相關規定。惟聯邦最高法院又認為主觀變更，只在第一審始可允許，第二審被告之變更，原則禁止，僅新被告在訴訟中拒絕出席或無明顯值得保護之利益，始能被准許[25]。

第二說、複合行為說。為學者 Kisch 之主張，認為任意當事人變更（主觀變更），有舊訴撤回及新訴提出訴訟行為併合訴訟現象，須分別就訴之撤回與訴之提起，各依相關法律規定之要件與效果。因係兩不同之訴，舊訴之訴訟資料，不能用於新訴，須重新審理與證據調查，且限於第一審之主觀變更，上訴審程序因不能由新原告起訴，亦不能對新被告為起訴[26]。此說因將單一之當事人變更程序，分割為互不相干之兩個程序，且舊訴訟行為不能由新當事人承受，與任意的當事人變更存在目的有違，現於德國少有支持者[27]。

第三說、特殊行為說。認屬法律漏洞。主張任意當事人變更須區別原告變更與被告變更，作不同要件之判斷。原告變更，須有新舊原告之同意，在被告已為本案言詞辯論時，並應經被告之同意。被告變更情形，在第一審無須新被告之同意，第二審則應得其同意。若舊被告已為本案辯論，則須經其同意。為求訴訟經濟與迅速，舊訴之訴訟資料於新訴程序繼續有效，但新當事人得聲請法院重新調查證據，此說於德國現不乏支持者[28]。

（二）日本

日本關於第一審訴之變更，其民事訴訟法第 143 條規定，請求之基礎不變，原告於言詞辯論終結前，得為請求或請求原因之變更，但顯然對訴訟程序造成遲滯者不在此限（1 項）。本條訴之變更，通說及實務見解，認不包括主觀變更，限於起訴時之原告及被告間有關請求之變更[29]，並謂主觀變更，非法所預設訴之變更概念[30]。

主觀變更，學說稱為任意當事人變更，狹義變更指當事人之變更，廣義當事人變更，包括當事人之追加[31]。任意當事人變更之性質，日本學說，同有訴之變更說、複合行為說及特殊行為說。訴之變更說，其要件、效果同依訴之變更，如依此說，則之前已

（文轉三版）

註釋

20 吳從周，前揭書，267、268 頁。

21 Hans- Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 4. Aufl., 1998, S,110, Rn. 185.

22 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S, 112 , Rn.186.

23 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S. 113 , Rn.188.

24 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.121 , Rn.205.

25 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.121 , Rn. 206.

26 陳榮宗，前揭文，182 頁。

27 姜炳俊「任意的當事人變更」，台灣本土法學雜誌，39 期（2002.10），149 頁；另可參看 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.121, Rn.205,206。

28 姜炳俊，前揭文，150 頁。Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.122 , Rn. 207。

29 兼子一，條解民事訴訟法，弘文堂（平成 23 年 11 月），833 頁。

30 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂（平成 23 年 8 月），756 頁。

31 川嶋四郎，民事訴訟法，日本評論社（2013.4），871 頁。

（文接二版）

實施之訴訟結果，對新當事人應全面有效。與德國相同情形，訴之變更說，現已少有支持者，而以主張複合行為說及特殊行為說為多[32]。複合行為說[33]，分為兩個現象說明，其理論如同前述德國學說，不再贅述。此說雖不乏支持者，但此說同因無法符合任意當事人變更目的，不能滿足於訴訟經濟與訴訟資料繼續援用，同受批評。特殊行為說，其理論亦與德國學說同。依此說，從前實施之訴訟行為結果及於新當事人，並以之為前提，以決定任意當事人變更之可被容許範圍[34]，現已為日本有力學說[35]。而訴之變更說，日本已少有支持者。日本學說近又有修正複合行為說，為克服複合行為說上開問題，認為在法人與代表人為新舊兩訴之當事人時，因其間有密切關係，經濟目的具同一性，或者在舊訴訟對新當事人程序權之保障並不欠缺情況下，已實施之程序得以相互流用[36]。修正說之實質內容與特殊行為說近似。

主觀追加方面。日本通說認為，並不該當其民訴法第 143 條訴之變更規定，而應以同法第 38 條訴之主觀追加合併型態處理，而屬廣義任意當事人變更[37]。

二、德日學說之法理基礎

（一）經「同意」之主觀更迭

就容許主觀變更之前提要件，德日學說先求諸於當事人之同意，未經同意時，則應得法院之許可[38]。經當事人同意之變更，德國學說區分為原告變更與被告變更，兩者各有不同法理。在第一審原告變更，須新舊原告均同意，始得變更。原告之變更，因任何人均不能違背自己之意志而從某個訴訟中被排除，或者被迫發動某個訴訟，因此須經新舊原告之同意。而在言詞辯論實施後之原告變更，則須經被告同意，因被告在言詞辯論後即有權利要求針對舊原告作出實體判決，此可由德國民訴法第 269 條第 1 款中導出[39]。

在第一審被告變更情形。被告之變更，主動權在原告，因須由原告確認其以何人為被告，不可能未經原告發動而為被告之變更。但要否經過新被告之同意，則有不同見解。又因為是否成為被告，非取決於被告之同意，但如果要決定是否變更，則取決於新被告之同意否，及由新被告取代舊被告是否適當問題，蓋新被告須承受原訴訟程序實施之效果，而該已實施之程序，新被告並未參與。

採訴之變更說，當原告經被告同意或不為異議，或法院認為不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，即得為任意當事人變更，其後在第二審為被告變更時，實務有所修正，即需要同時得舊被告及新被告之同意。此說亦認原當事人已進行之訴訟程序，對新當事人繼續有拘束力[40]。

（二）法院准許之法理基礎－程序權保障

未經同意而由法院准許主觀變更之法理，首應關照新當事人之程序權利益。主觀更迭，法院准許之關鍵，在新當事人對於非其親自實施之訴訟行為之效果有無再行爭執機會，如無此疑慮，則應考慮已實施之訴訟程序繼續利用之可能性。因此在採特殊行為說，新當事人對於逾時攻防提出之禁止，如有重新審酌機會，或原當事人已自認部分，可容許新當事人無條件撤回時，則可考慮容許非經同意之主觀更迭。但如主觀更迭嚴重妨礙訴訟之終結者，則又涉及未退出訴訟一方當事人之有受適時裁判權之利益，此亦為法院應審酌之利益。

（三）第二審主觀更迭之法理

在第二審為主觀更迭，基礎法理與第一審亦略有不同，即審級利益成為另一判斷因素。誠如日本學者川嶋四郎所指[41]，第二審主觀更迭，原則禁止，但如不妨礙新當事人之審級利益者，得例外的可予准許，並應綜合判斷程序權保障、避免裁判矛盾等因素條件，此與前述修正複合行為說之見解並無多大差異。

伍 主觀更迭之法律漏洞

一、法律漏洞之形成

由上開德日學說有關主觀更迭容許性之法理，可見主客觀更迭兩者之法理不同。我國採非訴之變更說學者，亦提出客觀變更，因訴訟當事人不變，不影響當事人之攻擊防禦，且有促進紛爭迅速解決功能，相對地，主觀變更，不能與客觀變更等同觀之，主觀更迭將因當事人之變更而複雜化，影響訴訟程序之終結，且基於言詞辯論主義，已進行之訴訟程序，對訴訟承繼者有拘束力，新當事人未參與先前訴訟資料之言詞辯論，則有違於言詞辯論主義之虞。換言之，當事人之是否起訴、自認、認諾，均屬處分權主義之範圍，如舊當事人之訴訟行為對新當事人發生拘束力，有害於新當事人之處分權與訴訟權等語[42]。誠屬正確。

主觀更迭，除法規範已明定其合法要件，如本條項第 5 款之合一確定類型外，否則並非本條項適用範圍。主觀更迭之容許性，在一般人之生活需求與利益，並非沒有必要或利益，例如避免已實施之訴訟歸於無用致訴訟資源之浪費、迫使原告重新起訴而增加時間成本負擔等是。而法規範之欠缺，乃 Karl Larenz 所謂之立法計畫之不圓滿，形成法律漏洞（開放性漏洞）。依海克利益法學之法律漏洞論，就漏洞存否之確認，可作歷史資料之探究，本條項立法形成階段，立法者並未關照新主體之程序權保障利益，不能認主觀更迭為本條項之適用範圍，而主觀更迭，各主體利益及其利益衝突衡量後之利益保護抉擇，乃立法關照之不足，其未形成法律誡命，有海克所稱之法律第一次漏洞情事[43]，司法審判者或有為填補之必要。

二、填補方法－類推與法律共同體之價值判斷

依海克說法，填補漏洞時，法官應掌握與判決有關之利益（相關利益探究），根據「制定法」或「其他地方所得出之價值判斷」，對這些利益加以衡量，然後依價值判斷標準，以決定較應被保護之利益。至於具體填補方式，利益法學既認法官受制定法拘束，因此主要仍在「類推適用」（依賴制定法之價值判斷），蓋制定法不僅是包攝之直接作用而已，亦有遠距作用－積極類推與消極界定法官價值觀點形成範圍－。當無適當制定法可以類推時，海克認為應尋求法律共同體中（如立法者、法律學者通說）之價值判斷－受法律共同體中通行之價值判斷之拘束[44]。

主觀更迭之「合法性」，法無明文，而其「容許性」，如有值得保護之利益時，依海克之填補方法－類推，則本條但書第 1 款之所謂「同意」，係基於處分權主體、私法自治原則、自己決定原理所導出，於主觀更迭，如已經新舊當事人之同意，自得以類推適用。而第 5 款之合一確定必要之主觀追加，於同有避免裁判矛盾或解決當事人適格欠缺之主觀更迭類型，例如連帶債務人、主債務人與保證人或類似必要共同訴訟等類型之主觀更迭，亦得視實際情況而予類推適用，但應保障新當事人之程序權。

第 2 款之基礎事實同一，限於客觀更迭始有適用，不包括主觀更迭。誠如日本學者新堂幸司教授所說，日本民訴法所謂請求基礎不變得為訴之變更，該要件規定之合理性，屬訴之變更規定，著眼於對被告之防禦權不致造成困擾為內容[45]。主觀更迭，並非法所預設之訴之變更，主觀變更，應純由舊訴訟程序得否繼續利用，以及包括新當事人之受裁判權該如何被保障問題。理論上須與同一當事人間聲明變更，分別作個別之考察。

但在不妨害新當事人之程序權前提，如實質上係由其親自實施之原訴訟程序（如前述修正複合行為說所舉變更原當事人公司法人為其法定代理人等），亦得為類推適用。此外，法院綜合審酌各個案例事實各主體之利益、利益衡突，再依法律共同體之價值標準（如前述之非訴之變更說或限縮適用說所論述之價值基準）以決定其容許性。

陸 結論

本條項之「訴之變更追加」適用對象，是否包括主觀更迭，學說見解立足點不同。本文藉海克利益法學方法論分析，認因立法形成階段，立法者並未觀照新當事人之程序權保障利益，而持否定態度。主觀更迭情形，在民事訴訟實務，對各個訴訟主體非全無值得保護之利益，因立法者未關照此等利益，並為利益衝突之盱衡形成法律誡命，而有海克利益法學所稱之法律第一次漏洞，亦可歸類為 Karl Larenz 所謂之立法計畫之不圓滿，為開放的漏洞類型，司法審判者應為漏洞之填補。又在權力分立、法官受制定法拘束，當為漏洞填補時，如有得以類推之法規範，自應優先選擇類推適用，如無得以類推之法規範時，則依法律共同體（如大多數法學者）公認之價值評價以為填補。

主觀更迭，無論為限縮適用說或非訴之變更說，雖其立足點不同，惟二說主張之程序法理本無差異，而因程序權保障可得之利益、審級利益，對新當事人言，為法律共同體一致肯認之價值，此參考同以訴訟基本權為核心價值之德國、日本民事訴訟法學說見解，亦無不同。職故，法官於填補此類主觀更迭容許性決定時，當本於相同法理，就各個具體案例事實之不同，分別決定。最高法院本次決議，採限縮適用說，理論基礎與非訴之變更說相同，惟立足於本條項之直接適用，再作限縮解釋，本文有所質疑。

（作者為最高法院法官）

註釋

32 川嶋四郎，前揭書，872 頁。小室直人，新民事訴訟法講義，法律文化社（1998.6），46 頁。

33 採此說學者有兼子一、三ケ月章、菊井維大等。參看小林秀之，新民事訴訟法（補訂版），判例タイムズ社（1999.8），462 頁。

34 新堂幸司，前揭書，845 頁。

35 此說有齋藤秀夫、鈴木重勝等。參看小林秀之，前揭書，462 頁。

36 伊藤真，民事訴訟法（第 3 版），有斐閣（2005 年），91 頁。

37 新堂幸司。前揭書，756、844 頁。

38 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.122, Rn.207.

39 Hans- Joachim Musielak, a.a.O., S.122, Rn.206.

40 陳榮宗，前揭文，179 頁。

41 川嶋四郎，前揭書，871 頁。

42 范光群，民事訴訟法之研討，民事訴訟法第 66 次研討會，三民書局（1999.9），206 頁。

43 吳從周，前揭書，309 頁。

44 吳從周，前揭書，313、315、317 頁。

45 新堂幸司，前揭書，757 頁。