

任意的当事人变更*

[日] 福永有利

韩靖译 刘颖校

摘要：作为一种常见的司法现象，任意的当事人变更根据导致当事人变更的行为可分为三大学说。诉的变更说是德国通说，其无法在日本民事诉讼法规定的条文框架下获得立法支持，而且新当事人被旧当事人的诉讼行为完全拘束这一点在很多情况下对新当事人非常不利。新诉提起与旧诉撤销说是日本通说，其将当事人的变更视为新诉提起与旧诉撤销这两个可分现象，通过法律解释可以认为已经发生的诉讼结果能够适度地在新诉中被利用。特殊行为说作为改良学说登场，但无法说明与新诉提起与旧诉撤销说的本质区别，且无法提出新当事人被旧当事人的诉讼结果所拘束的充分理由。在条件以及效果都没有显著不合适的情况下，应当支持新诉提起与旧诉撤销说。

关键词：任意当事人变更；诉的变更说；新诉提起与旧诉撤销说；特殊行为说

[中图分类号] D931.351 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 01-0147-12

一、意义

在诉讼系属中，案外人作为新的当事人代替旧的当事人，或者案外人与旧的当事人共同参与到诉讼程序中，这就是广义的当事人变更。此时，新的当事人作为增加的当事人参与到诉讼程序中，这被称为当事人的加入。案外人作为新的当事人加入，旧的当事人退出诉讼程序，这被称为当事人的变更（关于本稿，为了说明的方便，主要就当事人变更的情形进行论述）。当事人变更，根据法律对此是否有规定，被分为法定当事人变更和任意当事人变更^{〔1〕}，狭义的当事人变更指代后者。

* 本文发表于《実務民事訴訟講座（1）判決手続通論Ⅰ》，日本評論社1969年版，第95-116页；同时收录于《民事訴訟当事者論》（初版），有斐閣2004年版，第530-551页。后者在文末附有补充说明。文章原标题为《任意的当事者变更》，中文标题有所修改，脚注有所省略，如需详细了解，请联系译者邮箱 hanjinglaw@hotmail.com。本文翻译及出版经著作权继承人授权，但版权仍由著作权继承人保留。

【作者简介】福永有利（1935—2015），神户大学与北海道大学名誉教授，同志社大学教授，瑞宝中勋章获得者。

【译校者简介】韩靖，中山大学司法体制改革研究中心研究员；刘颖，北京航空航天大学法学院副教授，博士生导师。

〔1〕法定当事人变更与任意当事人变更的区分标志是，法律对此是否有规定。根据日本《行政法》第15条和第21条的规定，虽然法律有规定，但当原告是任意的時候，是否应当作为法定当事人变更来处理是一个问题。严格来说，不论是日本《民事诉讼法》第71条和第75条，还是第73条和第74条，法律都没有对当事人的变更进行强制性规定。从这个观点出发，所有的变更都会被当作任意的当事人变更来处理。但无论如何，在法律有规定的情况下，只要满足规定的条件，就会允许进行当事人的变更。仅仅在法律没有规定的情况下，才会进行任意的当事人变更，有关这样的考量是合理的。

关于任意的当事人变更，根据如何看待导致当事人变更的行为的性质；是否为现行法律所允许；如果允许的话，是以什么为条件；已经发生的诉讼结果对于新的当事人产生什么效力等标准，又可分为若干学说。这些学说，将“任意的当事人变更”这一术语赋予了丰富多样的含义。因此，上述定义只不过是各种学说的最大公约数。

在诉讼的实际情况下，本来应该作为当事人的人没有参与诉讼，而是在错误的当事人之间进行诉讼的情况是存在的。⁽²⁾ 例如，亲权者本应将子女作为当事人进行起诉，错误地亲自作为原告进行起诉的情况；本应由组合成员全员进行起诉，使用组合名称进行起诉的情况（原告的变更）⁽³⁾；不知债务者死亡而将死者作为被告进行起诉的情况⁽⁴⁾；明明应将公司作为被告，但误将董事长认定为债务人，将其作为被告的情况（被告的变更）等。在这样的情况下，为了本应作为当事人的人，就只能重新进行另外的诉讼，进行与已经发生的诉讼程序完全独立的审理与判决吗？出现了错误的当事人，即使未必是原告负全部责任的情况⁽⁵⁾，都不得不按照上述那样处理吗？关于这一点，在后面进行详述的判例中，当事人确定的标准采取意思说与行动说的立场，基于此，在上述那样的情况中可以通过将本应作为当事人的人从最初就作为当事人——只是将当事人的表示进行更正——来进行解决。而且，根据对诉的主观合并的认同，以这种方式进行处理的情况是能够存在的。但是，意思说与行动说自身存在各种问题，不可以完全遵循。另外，允许诉的主观合并亦会产生问题。⁽⁶⁾ 不仅如此，若适格当事人在提出诉讼的时候完全不知道已经出现了错误的当事人，其在诉讼的过程中方才知悉，此时诉的主观合并是无法处理的。于是，实际上需要进行任意的当事人变更的情况是十分常见的。

如果变更错误的当事人，将本应作为当事人的人作为变更后诉讼的当事人时，认同已经发生的诉讼结果能够被新的当事人所利用的话，显而易见，对于原告来说，是非常便利的。而且对于法院来说，比起提出一个新的诉讼、进行新的审理与判决，利用已经发生的程序进行审理与判决是更加理想的。的确，在事实上避免有矛盾判决产生的同时，诉讼经济也是考量的因素。进一步来说，从被告的角度出发，比起重新在新的诉讼中充当被告，其更期望在已经进行的诉讼程序下接受裁判。这样，在进行任意的当事人变更时，只要考虑到已经发生的诉讼结果对新的当事人能

(2) 会被作为此种情形考虑的是：(1) 被认为是当事人的人并不存在当事人能力欠缺；(2) 误认了适格的当事人（例如，明明应当将破产管理人作为当事人，但是却将破产人作为当事人）；(3) 从一定的事实关系出发，基于对A的权利或义务产生的判断进行了起诉，但是实际上，经过判明，该权利或义务的主体为B而不是A等。

(3) 基于认同民法上的组合拥有形式上的当事人能力这个立场，只有在代表人或者管理人不能确定的情况下才会产生问题。

(4) 将死者作为当事人的诉讼，因为缺少当事人无法产生诉讼关系，本来从开始就应该视为诉讼关系不成立，在严格意义上，不能说是系属中诉讼过程的当事人变动，不能称为所谓的当事人变更，但是，至少要以此作为标准来参照。

(5) 例如，(1) 关于应当将谁作为当事人的法律解释，是能够被明确的情况（例如，日本《商法》第257条第3项的诉讼）；(2) 对方发生继承或者破产的情况；(3) 被视为与家族企业进行交易等情况下，诉讼前对债务人是公司还是董事个人的判断产生困难等情况。

(6) 此外，在进行当事人的变更时，因为不存在在诉的主观合并时追加的被告在诉讼中地位不稳定的情况，所以在理论上，允许当事人的变更是容易的。

够产生效力，就不得不说，任意的当事人变更具有十分巨大的益处。为了进行这样的主张，首先，必须对已经发生的诉讼结果为什么对新的当事人理所当然地具有效力进行充分的论证。如果对这个问题的解决办法进行充分的论证，那么已经发生的诉讼结果就无法对新的当事人产生直接的效力。在这种情况下，关于任意的当事人变更是否仍具有实际的益处就成为一个疑问。以下将以这个要点作为核心展开对任意的当事人变更理论的探讨。

二、学说与判例

虽然关于任意的当事人变更的学说具有多种分歧，但是根据导致当事人变更的行为的性质，可将它们分为以下三大学说。

（一）诉的变更说

虽然通常意义上的诉的变更，是指原告在诉讼过程中变更其请求的目的与原因，但是将诉的变更进行广义的理解，可以将当事人的变更视为诉的要素变更。基于此见解，因为当事人是诉的要素之一，所以可以将当事人的变更视为诉的变更的一种。若将当事人的变更视为诉的变更的一种，则应该允许当事人变更的条件准用诉的变更的条件，而且变更的效果必须与诉的变更的效果一致。也就是说，已经发生的诉讼结果对新的当事人产生全面的效果。这种见解在德国被霍尔韦格和施泰因这两位权威的学者所主张，到现在仍保持着通说地位。在日本，虽然有若干见解将当事人的变更视为诉的变更，但是在符合日本《民事诉讼法》第 232 条关于诉的变更的条件与效果时，允许当事人变更的见解在实际上是缺乏立法支持的。

关于将当事人的变更视为诉的变更的见解存在各种各样的批判，针对其条件以及效果进行的规定亦是如此。（1）关于日本《民事诉讼法》第 232 条，无论是从其沿革，还是从其规定的文字来看，都以变更前后的当事人具有同一性作为前提。（2）日本《民事诉讼法》关于当事人的变更有单独的规定（例如，第 71 条，第 73 条，第 74 条，第 75 条，第 208 条等），意味着第 232 条以不包含当事人变更的内容作为前提。（3）理论上来说，诉讼关系的同一性以保证当事人的同一性为前提，与诉讼关系是否具有连续性无关，如此一来，便无法认同已经发生的诉讼结果对新的当事人具有拘束力。（4）在原告变更的情况下，究竟是根据旧原告的意思表示还是根据新原告的意思表示来实施行为，这一点是无法明辨的。（5）进一步来说，还有一个更为重要的问题，会在新当事人被变更前当事人的诉讼行为完全拘束这一点上产生。例如，新当事人被变更前当事人的自认所拘束，而且，新当事人提出的攻击防御方法会因为期间经过而被驳回。这样造成的结果在很多时候对新当事人来说都是非常不利的。另外，在实践中，上文的批判无论是对当事人的变更来说，还是对使用当事人表示的更正进行处理的案件来说都是妥当的。（6）而且，如果认同已经发生的诉讼结果对新的当事人产生拘束，那么其与限制任意的诉讼担当这一观点相矛盾，并且会造成因原告在事前的调查不充分而对诉讼产生影响这样的弊端。

（二）新诉提起与旧诉撤销说

在形式的当事人概念之下，在欠缺了当事人同一性的理论基础之上，诉讼关系的连续性应该是不存在的。基于不能将当事人的变更视为诉的变更的立场，产生了这样的见解，即当事人的变更只不过是由新原告提出或者对新被告进行的新诉提出，以及旧诉撤销这一复合诉讼现象。话虽如此，所谓的复合诉讼现象，如果先进行旧诉的撤销，诉讼过程就会结束，所以从理论上来说，应当视为首先提出新的诉讼然后再撤销旧的诉讼。因此，当事人的变更是瞬间的，所以诉的主观合并必须存在。总而言之，这个学说将当事人的变更视为新诉的提起与旧诉的撤销这两个可分的现象，各自的条件与效果会被分别进行判断。因此，基于不允许诉的主观合并的立场，就不能允许当事人的变更。反过来，如果从允许诉的主观合并的立场来看，新诉除了符合诉讼的条件之外，还需要满足诉的主观合并的条件。此外，旧诉的撤销也需要满足旧诉撤销的条件（日本《民事诉讼法》第236条）。在新诉的提出与旧诉的撤销均有效的前提下，作为结果，虽然会产生当事人的变更，但是因为旧诉与新诉是完全独立的诉讼关系，所以已经发生的诉讼结果完全不会对新的当事人产生拘束。此见解，由基希所提出，经日本兼子博士进行介绍之后，变成了获得多数赞成者的通说。与此相反，在德国，此见解虽然一时很有说服力，但是现在几乎无赞成者。

作为对此见解的批判，学界提出以下几种观点：（1）在缺乏当事人的同一性时，虽然在理论上无法认同诉讼关系的连续，但在实际上究竟如何仍存在疑问。（2）这个学说对新诉提出与旧诉撤销的合法性进行分别判断，如果只有新诉不合法，那么诉讼就会完全无效。反过来，如果只有旧诉的撤销不合法，就会出现两个诉讼同时存在的局面。然而，在当事人仅谋求当事人变更这一单一结果的前提下，上述的情形便违背了当事人的意愿。不仅如此，关于判断新诉提出与旧诉撤销的有效性，一审与二审如果出现相异的判断（例如，一审认定两个诉都有效，二审认为旧诉的撤销无效），下任审级就要对两诉分开进行考虑。（3）此说认为，已经发生的诉讼结果对新的当事人不产生任何影响。如果已经发生的辩论与证据搜集都需要重复进行的话，即可认为任意的当事人变更基本上不存在实际的好处。^{〔7〕}

（三）特殊行为说

在此，有这样一种见解：将当事人变更视为一种以变更当事人为目的的特殊单一现象，该见解是由德·波尔所提出，之后在德国，虽然含义稍有不同，但罗森贝克、兰特、尼基什等权威学者也支持此见解。即使在日本，也出现了基本上赞成此学说的学者。在此，为了方便起见，简单地介绍罗森贝克的观点。^{〔8〕}根据其理论，原告变更与被告变更的条件与效果是不相同的，必须将两者分别进行考虑。首先为了进行原告的变更，新旧两个原告的意思表示是必要的。在被告进行

〔7〕 但是，如同后述，关于究竟是否具有实际的好处是一个问题，笔者认为实际的好处是很大的。虽然基希也针对这一点表示了同样的意见，但是并不具有充足的说服力。

〔8〕 相关内容将基于罗森贝克的论文进行介绍。虽然罗森贝克对德·波尔的学说进行了若干的修正和变更，但是和德·波尔的学说基本一致。

了关于本案的辩论之后，原则上都需要被告的同意。但是，在被告滥用拒绝权的情况下，作为例外，是不需要被告的同意的。无论新旧两个诉讼中的诉讼标的是否具有密切关系，标的物所依据的事实关系是否同一或者具有密切联系，旧程序的辩论和证据调查结果在新诉中也依然具有效力。一般来说，当事人的变更就是为此目的而被实施的。但是，新当事人并不一定完全被旧程序的辩论或者调查的结果所拘束。例如，诉讼条件必须进行新的调查。此外，新原告提出的新攻击防御方法，即使旧原告没有适时地提出，也不会因为期间经过而被驳回。而且，旧原告的自认会被无条件地撤回。进一步来说，新原告与新被告都会要求对旧程序里取证到的证据进行重新调查。时效的中断等实体法上的效果也无法被继承。关于旧程序的诉讼费用，在原则上由败诉人承担。

然后，在被告变更的情况下，原告必须对新被告进行新的诉状送达。必要的时候，为了德国《民事诉讼法》第73条的诉讼告知，需要送达记载了“诉讼程度”的书面文书。但是新被告，如作为旧被告的代理人出庭进行了口头辩论，仅主张口头辩论时的请求就足够了。虽然一审时不需要新被告的同意，但在二审时，其在已经发生的辩论中并不在场，因为对已经发生的诉讼结果没有产生任何的影响，所以此时需要新被告的同意。但是，当该新被告滥用拒绝权时，作为例外，不需要其同意。旧被告在进行了关于本案的辩论时，其同意也是必要的。同样地，如果该旧被告滥用拒绝权，那么也没有必要得到他的同意。关于旧程序的辩论与证据调查结果对新被告具有的效果，与原告变更的情况一致。

此特殊行为说虽然是作为对诉的变更说以及新诉提起与旧诉撤销说的改良而登场，但是，其无论是在理论上还是在实践中都存在问题。作为对此见解的批判，提出以下几点看法：（1）此说主张将当事人的变更作为一种以变更当事人为直接目的的单一现象，则根据上文，在原告变更的情形下，如果被告进行了关于本案的辩论，那么需要其同意。另外，在被告变更的情形下，亦需要旧被告的同意。如果这样，岂非不能否认当事人的变更在本质上就是新诉提起与旧诉撤销吗？当然，在此见解中，即使认为当事人的变更在本质上为新诉提起与旧诉撤销，但是如将两者进行统一起见，例如在原告变更的情况下，即使没有新原告的有效同意，也不会只撤销旧诉。此外，没有被告的同意，新原告也不会进入诉讼中。尽管如此，在此学说中，就新当事人提出或对其提出的请求，诉讼条件会被重新进行调查，因此诉讼会被撤销，导致该纷争实际上在没有被解决的情况下被终止。（2）具有当事人变更的情况下，无论新旧两个诉讼中的诉讼标的是否具有密切关系，标的物所依据的事实关系是否同一或者具有密切联系，旧程序的辩论和证据调查结果在新诉中也依然具有效力。但是新当事人为什么要被旧当事人的诉讼结果所拘束呢？此根据并没有被充分说明。^{（9）}在原告变更的情况下，虽然需要新原告的同意，且此同意是成为新诉原告的同意，但是在继承已经发生的诉讼结果这一点上，即使同意都解决不了问题。（3）仅限于在一审进行当事人变更的情况下，即使认同该学说支持者所主张的拘束，新当事人能够提供新的事实与证据，旧当事

（9）兰特认为，除了关于新旧两诉的诉讼标的具有密切联系这个客观条件之外，还要求具有将当事人的变更正当化的期待可能性这个主观条件。此外，铃木重胜教授认为，将变更前当事人的起诉视为事务管理，需要满足变更后的新当事人对此的追认。

人主张的撤回与证据调查也都能被再次执行，鉴于口头辩论的一体性，可以认为不存在对新当事人的特殊不利。但是，像后述的那样，可以肯定会对新当事人不利。

（四）判例

在此，一览日本关于任意的当事人变更的案例。大审院在古老的明治34年时，存在“凡是将当事人的变更视为诉的变更的一种，除了在法律上具有认同其继承或者驳回的明文规定的情况以外，都无法实行。于是引致诉的变更在二审时，即使对方承认也不被允许”这样的判决要点。⁽¹⁰⁾但是，该案件是关于诉讼承继的，因此不能将此大审院判决作为对任意的当事人变更的判例来看。此外，因为不存在大审院或最高裁判院的案例，所以最上级审的观点尚未明确。在将表示说作为当事人确定标准的情况下，在理所当然地作为任意的当事人变更来进行处理的案件中，判例却常基于意思说以及行动说来确定当事人，在这些情况下并不是作为当事人的变更而只是作为当事人表示的更正来处理。⁽¹¹⁾由此可以认为，实际上与允许任意的当事人变更具有同样的结果。

即使在下级审，战前亦找不到关于任意的当事人变更的判例。⁽¹²⁾战后关于任意的当事人变更的判例逐渐涌现，最近就出现了相当多的判例。那些判例的见解与学说的情况一样，出现了多种分歧。首先，出现了一类将当事人的变更视为诉的变更的判例。其中，既有认为当事人的变更不合法的判例⁽¹³⁾，也有将其视为诉的变更继而进行允许的判例。⁽¹⁴⁾其次，根据通说，在将任意的当事人变更看作是新诉提起与旧诉撤销的基础上，亦存在很多允许任意的当事人变更的判例。⁽¹⁵⁾再次，也有像旧时一样以当事人表示的更正来进行处理的案件。⁽¹⁶⁾最后，还有很多在没有讨论任意的当事人变更具有什么性质，也没有从具体判例的特殊性以及从实际出发的根据（或者是具有

(10) 大判明治三十四年十月九日民录七辑九卷，第37页。

(11) 例如，大判昭和三年八月八日民集七卷，第891页；大判昭和十一年三月十一日民集十五卷，第977页。

(12) 虽然有与当事人变更相关的判例，并刊登在东京控判昭和六年一月十七日评论二十卷，第216页，但是此案件是关于诉讼承继的。

(13) 例如，东京高判昭和二十九年三月十日高民集七卷二号，第190页；大阪高判昭和二十九年九月十六日高民集七卷八号，第627页。

(14) 例如，东京高判昭和三十三年九月三日下民集九卷九号，第1736页；大阪地判昭和三十三年七月十八日讼务月报九卷九号，第1112页。

(15) 例如，大阪高判昭和二十九年十月二十六日下民集五卷十号，第1787页；福冈高决昭和三十四年十月十三日下民集十卷十号，第2171页；奈良地判昭和三十三年三月二十三日下民集十五卷三号，第586页。此外，作为基于新诉提起与旧诉撤销说的立场而不允许当事人的变更的判例，有东京地判昭和三十一年八月六日新闻十八号，第12页。

(16) 作为允许的更正的判例，例如，神户地判昭和二十六年二月十五日下民集二卷二号，第202页；东京地判昭和二十五年十二月十一日判例时代十号，第64页；东京地判昭和三十一年三月八日下民集三卷七号，第559页；广岛高冈山支判昭和三十三年八月二十九日判时一百六十三号，第13页；名古屋高判昭和三十三年五月二十日下民集十卷五号，第1053页；大阪高判昭和三十三年五月三十日判时三百八十八号，第76页；东京高判昭和四十一年五月二十六日东高时十七卷五号，第102页；东京地判昭和四十二年三月二十八日判时四百八十四号，第56页。此外，作为否决表示的更正的判例，例如，大阪高判昭和二十九年十月二十六日下民集五卷十号，第1787页；神户地判昭和三十一年五月八日下民集七卷五号，第1151页；福冈地判昭和三十三年十月十九日下民集十卷十号，第2199页；大阪地命昭和三十三年三月七日日下民集十四卷三号，第362页；大阪高判昭和三十三年三月二十三日判例时代一百六十二号，第90页；大阪高判昭和三十三年十二月二十三日金融法务四百零二号，第15页。

理论性根据)的情况下,就直接不允许当事人变更的判例。接下来,笔者将尽可能地列举出那些实际的根据,首先,作为允许的根据,列举出以下几种:(1)所有当事人的同意⁽¹⁷⁾; (2)认同当事人的变更会带来实际上的便利以及符合诉讼经济⁽¹⁸⁾; (3)前诉与后诉的当事人所诉请保护的利益具有一致性⁽¹⁹⁾; (4)作为请求的基础法律关系在本质上是同一的⁽²⁰⁾; (5)不产生诉讼的延迟⁽²¹⁾; (6)在诉状送达前进行变更⁽²²⁾; 等等。其次,作为不允许当事人变更的理由,列举出以下几种:(1)会变成允许基于不充分调查的滥诉⁽²³⁾; (2)损害系属于确定的当事人之间的诉讼过程的稳定性⁽²⁴⁾; 等等。无论是哪一个,都是在判断是否应当允许任意的当事人变更时需要考虑的事项,且应当与学说所论述的理论根据相结合,进行各项比较与衡量,寻求妥当的结论。

三、诸学说的探讨

(一)新诉提起与旧诉撤销说的利弊分析

上述介绍的三种学说中,关于诉的变更说是不妥当的这一点基本没有争议,接下来,讨论剩余的两种学说是否妥当。

新诉提起与旧诉撤销说是通过将当事人的变更用新诉对旧诉的主观合并与旧诉的撤销这两个已有的概念进行说明,这个说明很清晰,不需要进行额外的论证。与此相对,在特殊行为说中,其支持者所主张的意思行为是否具有所主张的效果并不是十分明确。的确,任意诉讼在原则上是被禁止的,而且,进行当事人变更的人及其对方当事人是否真的希望发生特殊行为说所主张的效

(17) 仙台高判昭和二十八年七月二十七日下民集四卷七号,第1035页。

(18) 仙台高判昭和二十八年七月二十七日下民集四卷七号,第1035页;大阪高判昭和二十九年十月二十六日下民集五卷十号,第1787页;东京高判昭和三十三年九月三日下民集九卷九号,第1736页。

(19) 仙台高判昭和二十八年七月二十七日下民集四卷七号,第1035页;大阪地判昭和三十三年七月十八日讼务月报九卷九号,第1112页;东京高判昭和二十九年三月十八日高民集七卷二号,第220页。但是,有反对的判例和学说,例如东京高判昭和二十九年三月十日高民集七卷二号,第190页;大阪高判昭和二十九年九月十六日高民集七卷八号,第627页。尾中俊彦教授主张:“法律上的主体不相同的话,被主张的权利关系自然而然不相同,而且防御方法亦不相同,默认前诉与后诉的当事人所诉请保护的利益具有一致性是危险的,如此过度简化将不能被接受。此外,承认公司与其代表人个人之间的诉讼关系的继承时,存在与《商法》第256条之间的关系产生冲突的可能性。”

(20) 东京高判昭和三十三年九月三日下民集九卷九号,第1736页;大阪地判昭和三十三年七月十八日讼务月报九卷九号,第1112页。

(21) 东京高判昭和三十三年九月三日下民集九卷九号,第1736页。

(22) 福冈地判昭和三十三年十月十九日下民集十卷十号,第2199页。相应地,大阪地命昭和三十三年三月七日日下民集十四卷三号,第362页。反对的理由是,损害诉状受理相关的程序的安定以及经济这一点。

(23) 大阪地命昭和三十三年三月七日日下民集十四卷三号,第362页;大阪地判昭和四十二年七月十三日判例时代二百一十三号,第169页。关于其理由,考虑防止那样的滥诉的对策——例如,基于对诚实信用原则和权利滥用法理进行审查——不就可以了么?

(24) 大阪地判昭和四十二年七月十三日判例时代二百一十三号,第169页。不管根据哪一个学说,允许当事人的变更时,因为已经发生的诉讼会由于诉讼的撤销或者根据撤销而被终止,可以认为,并不会特地损害原有诉讼过程的稳定。显然,不满足当事人的变更的条件时,虽然已经发生的诉讼不会被终止,但是该问题在诉的变更和诉讼撤销的情况下亦时常具有发生的可能性。仅仅将在当事人的变更的情况下发生的对诉讼过程稳定性的损害当作问题,实属不妥。

果亦是一个问题。所以，不能直接将当事人的意思表示作为是否允许当事人变更的根据。此外，在现行法中，也没有可以适用的其他类推规定。因此，在条件以及效果都没有显著不合适的情况下，应当支持新诉提起与旧诉撤销说。

两说实际上最大的不同点是，相对于新诉提起与旧诉撤销说认为当事人不同时，诉讼关系也不同，因此就已经发生的诉讼结果不能对新当事人产生任何效力这一观点，特殊行为说认为，新诉提起与旧诉撤销说的观点相当于认同任意的当事人变更是没有实际的好处的。因此，该说认为，虽然要允许一定的限制（例如，排除自认的拘束力等），但原则上主张已经发生的诉讼结果理所当然能对新诉产生效力。

此处核心问题是，新诉提起与旧诉撤销说是否认同任意的当事人变更是没有实际好处的。对此，笔者认为具有实际的好处。一方面，不仅存在补正并利用旧诉状或者新诉状能够引用旧诉状的情况，而且只要新诉的诉讼标的物价额与旧诉相同，就不需要贴用印花，如此对原告来说，无疑是节省了费用、劳力以及时间。另一方面，如果旧诉程序已进行到一定程度，负责旧诉的法院更容易把握新诉的案件概要，而且已经进行了的法律调查与研究也能直接被利用，因此从国家的角度出发，在特定情况下，亦期望能够允许任意的当事人变更。⁽²⁵⁾ 因此，即使已经发生的诉讼结果不具有对新诉的效力，允许当事人的变更也会带来充分的实际的好处。事实上，存在相当多的当事人变更案例是在案件进入审理前的阶段被请求变更的。⁽²⁶⁾ 这是证明在新诉提起与旧诉撤销说中当事人变更具有实际好处的最佳佐证。如若否认此实际的好处，就不得不认为，像日本《民事诉讼法》第30条关于允许因为地域管辖错误而进行案件移送的规定等，在根本上全是无实际好处的。

（二）原有诉讼的结果在新诉中的效力

基于上面的论述，新诉提起与旧诉撤销说认为已经发生的诉讼结果对新诉不产生任何效力。这一点作为对新诉不产生效力的依据，强调两个诉讼因为当事人的不同，所以诉讼关系不同。但是针对当事人不同诉讼关系是否就不同这一问题，有各种各样不同的观点。⁽²⁷⁾ 笔者的想法是，即使诉讼关系不同，由此直接认为已经发生的诉讼结果对新诉不具有任何效力这一点属于理论上的飞跃。即使新诉与旧诉在诉讼关系上不相同，只要认为新诉被旧诉程序主观合并，就应当将两个诉讼的程序视为同一程序。两个以上的诉讼关系在同一诉讼程序中存在的现象已被认可。而且，

(25) 基希亦提出过同样的观点。关于这一点，根据其他的诉讼，若对已经发生的诉讼程序进行辩论的合并，虽然会得到同样的结果，但因为辩论是否合并是根据法院的裁量而决定的，所以对当事人的保护并不充分。

(26) 例如，大阪高判昭和二十九年十月二十六日下民集五卷十号，第1787页；福冈高决昭和三十四年十月十三日下民集十卷十号，第2171页；福冈地判昭和三十四年十月十九日下民集十卷十号，第2199页；大阪地命昭和三十八年三月七日下午民集十四卷三号，第362页。

(27) 铃木重胜教授认为，若基于本文所陈述的观点，包括法定当事人变更的情况，理论上完全不能说明该根据。其从“争”的主体和诉讼当事人进行分离的立场出发，将客观存在的“争”作为媒介，包括当事人的变更，对于诉讼法律关系能够具有同一性进行了论证。

在同一程序下不同的诉讼关系之间会互相影响。例如，在类似必要的共同诉讼中，尽管存在与共同诉讼人数量相等的诉讼关系，但是日本《民事诉讼法》第 62 条规定各共同诉讼人所做的或者对其进行的一定诉讼行为对全员都产生效力。另外，在普通共同诉讼中，基于证据共通的原则⁽²⁸⁾，认为对不同或者独立的诉讼关系都产生效力。再者，根据近期最高裁的判决⁽²⁹⁾，在辩论合并的情况下，合并前所进行的证据调查对合并后的诉讼关系都产生效力。根据新诉提起与旧诉撤销说，首先是新诉被旧诉程序主观合并，虽然如此，但因为旧诉被撤销，所以会瞬间形成共同诉讼。⁽³⁰⁾因此，就需要对诉讼关系的异别性等于对新诉不产生效力这一命题进行重新讨论。⁽³¹⁾

从上述观点出发进行稍微具体的论述。首先，关于事实上的主张，在新诉提起与旧诉撤销说中，只要新诉的所有当事人都不主张，即使在旧诉中已经被主张，也不允许将该事实作为判决的依据。的确，因为在普通共同诉讼的情况下，亦是如此。⁽³²⁾在此，(1) 在新当事人对旧当事人进行主张的情况下，能够全部援用旧当事人（旧诉的原告以及被告）的主张，对方对此原则上不能提出异议。因为旧当事人不可能不知道主张的关于旧诉的事实。⁽³³⁾

(2) 在旧当事人对新当事人进行主张的情况下，不论是否具有新当事人的同意，也不论新当事人或者其代理人实质上是否出席旧诉讼程序，仅限在新当事人知道当时主张的情况下才可以全部援用已被主张的事实。否则，就只能根据责问权⁽³⁴⁾来进行全部援用，即应当认为只有在个别的情况下才能援用。否则，恐怕会产生新当事人无法知道什么主张被怎样提出的情况，换句话说，

〔28〕大判大正十年九月二十八日民录二十七辑，第 1674 页。加藤正治教授认为，存在不认同共同诉讼人之间适用证据共通的原则，从共同诉讼人的意思表示出发考虑的见解。此学说认为，在该证据与全员都有关系的情况下，为了全员而进行诉讼行为，只要没有其他人进行其他行为，暗自地为了自己而援用一人提出的证据符合经验原则。

〔29〕最判昭和四十一年四月十二日民集二十卷四号，第 560 页。

〔30〕基希亦认为当事人变更是共同诉讼的一种形态。

〔31〕高岛义郎教授基本上是立足于新诉提起与旧诉撤销说，认为已经发生的诉讼结果在新诉中不具有效力是不当的，并发表了下述见解。即是，在原告变更的情况下，根据新原告的新诉的提起，实际上是日本《民事诉讼法》第 71 条后段的独立当事人参加，当事人的变更，根据《民事诉讼法》第 72 条，是旧原告退出的结果，关于效果，以第 62 条为准，限于旧原告的诉讼行为对新原告有利的情况下产生效力，而且被告对旧原告的诉讼行为也对新原告产生效力。此外，在被告进行变更的情况下，原告负责对新被告进行新诉的提起，同时对其进行诉讼告知，会使新被告处于旧被告的辅助参加人地位。因此主张，由此而来，因为新被告是旧被告的辅助参加人，作为被参加人的旧被告所进行的诉讼结果，必须原原本本地作为前提。虽然高岛说是极其巧妙的，但同时存在各种各样的问题。首先，在原告变更的情况下，必须进行第 71 条后段的参加就是问题。根据昭和四十二年九月二十七日的最判（民集二十一卷七号，第 1925 页），虽然第 71 条的参加必须基于原告和被告双方的请求，但是例如，无当事人能力的人（例如，民法上的组合）作为原告的情况，新原告（例如，组合员全员）基于旧原告的请求是奇怪的。此外，在被告的变更的情况下，首先根据原告的诉讼告知，新被告是否成为旧被告的辅助参加人是一个问题。进一步，即使成为旧被告的辅助参加人，必须将被参加人所进行的诉讼行为原原本本地作为前提，不仅是原告与旧被告之间的诉讼，还是原告与新被告之间的诉讼，都不涉及参加人的地位。按照教授的说法，新被告会一直被与自己没有任何关系的原被告的诉讼结果所拘束，会产生后述的不妥结果。

〔32〕虽然有“攻击防御方法被共同诉讼人中的其中一人提出，与全部的共同诉讼人都有关系，而且只要其他共同诉讼人没有进行自己的意思表示，原则上，将其看作为所有出席诉讼的共同诉讼人所提出的”这样的见解存在，但即使在该见解中，也不是认同共同诉讼人之间的事实共通，在出席特别是没有辩论的诉讼的情况下，其他共同诉讼人也不能主张该事实和意思表示。因此，显而易见，在当事人的变更的情况下，也无法进行那样的解释。

〔33〕基希认为无论是旧当事人，还是新当事人，一般的引用（*Bezugnahme*）都是不被允许的。相反，山木户克己教授认同一般的引用。

〔34〕责问权是指在民事诉讼法上，当对方或法院的诉讼行为违背诉讼程序时，当事人陈述异议并争执其效力的权利。——译者注

存在新当事人被偷袭的可能性。特殊行为说在此情况下，甚至不加讨论就直接以已被主张的事实在新诉中具有效力来进行处理，虽然当新当事人认为出现了事实有违真相等对自己不利的情况时，可以撤回该主张，但因为其未必能够知道有什么事实被主张了——例如，调查书出现记漏——所以对新当事人的保护不足。⁽³⁵⁾

然后，从证据的角度出发，在认同共同诉讼人之间证据共通的原则之上，共同诉讼人中的其中一人所提出的证据即使没有被其他共同诉讼人援用，亦理所当然地能够作为其他共同诉讼人的事实认定资料。而且，此证据共通的原则是基于“因为客观的历史性事实只有一个，所以根据法官的自由心证而认定的事实亦只有一个”，无论是在时间上并存共同诉讼人之间，还是在当事人变更的情况下，对同一诉讼程序中时间上前后紧接的两个诉讼关系之间，也都因该原则的起效而无法处理。同样的问题会在辩论被合并时，合并前证据调查所收集的证据即使不被援用，是否也在合并后的诉讼中理所当然地具有效力的形式出现。在这种情况下，应当肯定该问题的存在。⁽³⁶⁾ 遵从此见解，当事人变更的情况亦能以同样的方式进行解释。

但是，(3) 证据共通原则的根据如上所述，尽管此原则在普通共同诉讼中被认可，但是现在我们正在讨论的问题是，在任意的当事人变更的情况下，由于两个诉讼关系并不是同时被合并，因此不赞成直接引入证据共通原则。不过，即使是在并存的情况下（普通共同诉讼），对于因共同诉讼人中的其中一人与对方当事人的关系而被申请出庭的证人，基于其他共同诉讼人不能进行对方询问⁽³⁷⁾ 等行为的立场⁽³⁸⁾，就会出现，无论如何都不能对该证人询问进行置喙的情况。因此，在这个询问被进行时，不管是否已经被合并审理，还是在旧诉被撤销后才加入程序也都不会影响最终的结论。如此一来，便会形成对上述观点的反驳。但是，对共同诉讼人申请的证人询问，其他的共同诉讼人究竟是否不能置喙存在着不同的理论。⁽³⁹⁾ 不仅如此，在当事人变更的情况下，因为新的当事人通常并没有出席该证人询问，以致存在很多完全无法知道询问结果的情况⁽⁴⁰⁾，所以，即便后续会对该证言的证明力进行辩论，或者是给予新当事人提出与该证言相反主张或

(35) 铃木重胜教授认为，基于在原则上对新当事人的追加承认是必要的这个立场，若认为该追加承认在各个诉讼行为中都能够进行，在特殊行为说中亦无不妥。

(36) 作为根据，关于辩论的合并，应与开始就作为一个合并诉讼而被提起一样，否则，审理的重复，会揭露出无法贯彻避免法院及诉讼关系人进行无谓劳动这一合并辩论的宗旨。与此相对，有认为需要当事人援用的学说和认为将记载原证人的证言以及检验的结果的调查书作为书证提出是最好的方法的学说。后者的学说认为，基于合并前的诉讼在合并后并不会失去不同诉讼的性质，实务上几乎没有遵循此观点的实践。但是，根据上述通说，在后述中得到明确，在合并了的甲、乙两事件中的当事人不同时，对完全没有参与该证据调查的当事人的保护是欠缺的。虽然辩论合并的宗旨是避免审理的重复，防止矛盾的判决，但不能说若合并前一方的诉讼结果不理所当然地在他方诉讼中产生效力，就认为合并的宗旨被埋没，变得毫无意义。

(37) 对方询问指在法庭上，要求询问证人的一方在询问（主询问）完该证人后，对方进行的询问。——译者注

(38) 共同诉讼人独立的原则的结果。关于对此进行反对的见解，参照后注。

(39) 兼子一教授认同共同诉讼人之间理所当然地辅助参加关系，允许作为辅助参加人参与。此外，西村宏一教授认同利害相对立的共同诉讼人之间处于对立当事人的地位。

(40) 在普通共同诉讼的情况下，口头辩论以及证据调查的期限原则上是设定为全部共同诉讼人共通，作为例外——例如，在共同诉讼人的其中一人发生了中断事由的情况下——存在分别进行的情况。对于该例外的情况，本文的论述同样是妥当的。

证明的机会，但也仅仅如此，对新当事人的保护仍不足够。于是，在原则上，关于旧诉所进行的证据调查结果必须以询问调查书以及检验调查书等形式进行援用。^{〔41〕}

（4）作为例外，在新当事人从自己的角度出发进行援用的情况下，或者是同意旧当事人援用的情况下，又或者是新当事人自己或者其代理人实质上出席了该证据调查的情况下，允许援用证人询问和检验本身。^{〔42〕}

然后（5）无论是在旧当事人已经对某些事实进行自认，还是一定的攻击防御方法因期间经过而无法主张的情况下，原则上新当事人都能够重新提出与该自认相反的主张以及新的攻击防御方法。只是根据具体情况，作为例外，根据诚实信用原则也存在不允许那样主张和证明的情况。

（6）在旧当事人错过对变更前的旧当事人进行自认的时间的情况下，关于此失权的效力是否在新诉中持续的问题，也应当与上述进行同样的处理。^{〔43〕}

综上所述，根据笔者的见解，在新诉提起与旧诉撤销说中，基于已经发生的诉讼的事实主张以及证据调查结果，只要不被新诉中的任何当事人所援用，就不能作为新诉的事实认定资料。但是，在被新当事人援用的情况下，可以实现全部援用，而且，证人询问和检验还有证言乃至检验本身都能作为证据。此外，对于旧当事人对新当事人进行援用的情况下，无论新当事人是否同意，只要新当事人参与了他们的诉讼行为，就可以进行与上述同样的处理。不过，在本案的审理已经进展到一定程度才发生当事人变更的情况下，在实际上基本不存在任何一个当事人对已经发生的诉讼结果完全不援用的情况。此外，对当事人不想援用的主张及证据调查结果，即使视为不援用也在新诉中具有效力，因为无论如何这些都会重新被辩论。特殊行为说所认为的理所当然地具有效力，只是将事件复杂化。无论如何，基于新诉提起与旧诉撤销说，已经发生的诉讼结果能够适度地在新诉中被利用，在此学说之下，不能认为即使允许当事人变更也不能产生实际的好处。不仅如此，笔者认为新诉提起与旧诉撤销说的结论比特殊行为说的结论更加妥当。所以笔者支持新诉提起与旧诉撤销说（通说）。

【补充说明】

补充说明收录于《民事訴訟当事者論》（初版），有斐閣 2004 年版，第 551 页。

1. 在完稿后，尽管名古屋地丰桥支判昭和四十九・八・十三判时七百七十七号第 80 页是基

〔41〕 基希一直认为，调查书只能作为书证。

〔42〕 此时，某些情况下能够直接援用证言本身，另外有些情况只能将记载了证言的调查书作为书证进行援用，此考虑可能被认为是肆意的，因为原本新旧两诉是用同一程序进行审理与判决的，虽然因一方的诉讼而进行的证据调查的结果原则上也能够以原本的形态成为他方的证据资料，但是那样做的话，有可能会造成剥夺某些当事人立会权的结果，这种情况下，上述的原则就无法贯彻，因此认为其是肆意的而对其进行批判是不妥的。

〔43〕 关于变更前的诉讼结果在新诉中的效力，亨克尔将对旧当事人的拘束力与成为新当事人的拘束力进行区分考虑。首先前者是旧当事人而且因为其同意当事人的变更，所以其对于被自己与退出的当事人之间进行的诉讼结果所拘束不能提出异议。同时，其亦被已经发生的自认所拘束。与此相对，新当事人在新诉与旧诉的诉讼标的相异时，或者相异的诉讼标的之间不具有实体法上的从属性时，不被已经发生的诉讼状态中对其不利的结果所拘束。所以其主张在任意的当事人变更时，如上所述，只要认同对旧当事人的拘束力，就可以认同当事人的变更所带来的实际的好处是十分充足的。

于新诉提起与旧诉撤销说（复合说·通说）作出，但有学者认为，根据该学说存在当事人变更被驳回的可能性，因此主张复合说与特殊行为说的折中见解（参照纳谷广美：《关于当事人变更的理论》，载《法律论丛》第六十三卷第一号，第1页）。

2. 尽管在最判昭和六十二·七·十七民集四十一卷五号第1402页中，判决驳回了主观追加的共同诉讼，但至少不应否定以任意的当事人变更为前提的主观追加合并。

3. 关于美国联邦民事诉讼规则第15条的诉答文书修正（包含任意的当事人变更），参照大村雅彦教授的论文：《对当事人变更基础的研究——基于美国民事诉讼法》，载《法学新报》第八十九卷第九·十号，第97页。

Arbitrary Change of Parties

Aritoshi Fukunagan (Author)

HAN Jing (Translator)

LIU Ying (Proofreader)

Abstract: As a common judicial phenomenon, arbitrary change of parties can be divided into three kinds of theory according to the behavior that caused the change of parties. The change of litigation theory is the German general saying that it cannot obtain legislative support within the framework of the provisions of the Japanese civil procedure law, and the new party is completely bound by the old party's litigation behavior, which is very unfavorable for the new party in many cases. The initiation of new lawsuits and the revocation of old lawsuits theory is the general theory in Japan. It regards the change of the parties as two separable phenomena of the initiation of a new lawsuit and the revocation of an old lawsuit. Through legal interpretation, it can be considered that the results of litigation that have occurred can be appropriately used in new lawsuits. The special behavior theory appears as an improved theory, but it cannot explain the essential difference between the initiation of new lawsuits and the revocation of old lawsuits theory, and it cannot fully explain the reason why the new party is bound by the old party's litigation results. If the conditions and effects are not significantly inappropriate, the initiation of new lawsuits and the revocation of old lawsuits theory should be supported.

Keywords: Arbitrary Party Change; Change of Litigation Theory; Initiation of New Lawsuits and the Revocation of Old Lawsuits Theory; Special Behavior Theory

（责任编辑：卢佩 汪友年）