第二審訴之變更、追加理論再檢討 上

文／周俞宏

壹 法理基礎

在第二審為訴之變更、追加，實質上係在第二審始實施第一審之訴訟程序，就審級構造而言，乃審級之縮減，影響當事人之審級利益，立法上似不宜過度放寬。然審級利益乃當事人程序上利益，得由當事人自由處分，故倘兩造基於訴訟經濟之需求，願捨棄審級利益，在第二審為訴之變更、追加，利用第二審程序合併解決紛爭，似亦無不許之理[1]。

據此法理，民事訴訟法（下稱民訴法）第 446 條第 1 項乃規定，第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，亦即原則上禁止未經他造同意之第二審訴之變更或追加，以免損害他造之審級利益，但例外在下列幾種情形，或為貫徹紛爭解決之目的，或因原訴訟資料之可利用性高，對他造不利影響較微，明定得不經他造同意為之：（一）請求之基礎事實同一者；（二）擴張或減縮應受判決事項之聲明者；（三）因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者；（四）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；（五）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，並求對於被告確定其法律關係之判決者。

貳 第二審訴之變更、追加之合法性判斷諸問題

一、訴之變更與追加之定義

所謂訴之變更，依姚瑞光教授之見解，認為當事人、訴訟標的及訴之聲明，此訴之三要素中，只要原告於訴訟進行中變更其一，即生訴之變更[2]。依此定義，訴之追加恆屬訴之變更，蓋因訴之追加，通常亦伴隨當事人、訴訟標的或訴之聲明之（追加）變更。如此一來，訴之變更與訴之追加，兩者界線及定義不易區辨，理解上不無困難。

國內學者通說及司法實務之看法，多認為訴之變更，乃於訴訟繫屬中以他訴代替舊有之訴，倘訴之變更合法，則舊訴已為新訴所代替，法院只能專就新訴為審判；反之，訴之追加乃指以他訴加入原來之舊訴，新、舊訴同時併存，法院必須均加以審判[3]。

日本民事訴訟法第 143 條僅規定訴之變更[4]，並無追加之文句，其立法模式似與姚瑞光教授前述看法相近。不過日本學界仍將訴之變更，分為交換變更與追加變更，交換變更乃指原告改以新請求作為審判對象，代替舊請求之主張，故訴之交換變更乃包含追加新請求與撤回舊請求的「複合行為」，舊請求之訴訟繫屬因此消滅，相當於我國民訴法所定訴之變更；追加變更，則指原告除了維持舊請求外，並追加新請求，相當於我國訴之追加[5]，但有不少學者對此分類提出質疑，此部分爭論容後再予詳述。

二、與上訴聲明擴張、變更之區辨

民訴法第 441 條第 1 項要求上訴狀內應表明上訴聲明，同法第 445 條第 1 項復規定第二審言詞辯論，應於上訴聲明之範圍內為之，足認第二審應於上訴聲明範圍內為審判。然而，上訴範圍是否於上訴後即告確定，不得再更動上訴聲明？

實務與學者通說均認為，上訴人於言詞辯論終結前，得否減縮上訴聲明，由於法律未予禁止，故採肯定之見解。至於得否擴張上訴聲明，雖有不同看法，但學者通說基於上訴不可分原則，認為於單純一訴之情形下，上訴人雖僅一部上訴，但就判決全部均發生移審效，故上訴人得於言詞辯論終結前，擴張上訴聲明[6]；亦有學者從民訴法第 473 條第 1 項規定第三審上訴之聲明不得變更或擴張之規定，反面推論於第二審無此規定，即得為之，並認民訴法第 456 條規定，即係以上訴人得擴張上訴聲明之前提而設計[7]，實務見解亦傾向肯定之看法。

比較有疑問者，乃在訴之客觀合併（數項訴訟標的）或本訴、反訴合併判決之情形，上訴人倘僅就其一聲明不服，其他未經聲明不服部分，於上訴期間屆滿後，得否再擴張上訴聲明至其餘部分？學說向來認為提起上訴會產生遮斷判決確定之移審效力，且移審效是就整個一審判決的範圍，而非僅發生於業經上訴並聲明不服之部分[8]，因此未經上訴部分既同未確定，多說學者認為在此情形仍得為上訴聲明之擴張[9]，茲值贊同。

最有爭議的部分，乃案件經最高法院發回後，於更審程序中得否擴張上訴聲明？實務意見認為民訴法第 460 條第 1 項但書僅規定經第三審法院發回或發交後，不得提起附帶上訴，但並無禁止上訴人擴張上訴聲明之規定，故傾向上訴人於更審程序中仍得擴張上訴聲明[10]；惟學者多持質疑之態度，認為依民訴法第 473 條規定，第三審上訴之聲明不得變更或擴張之，被上訴人亦不得為附帶上訴，亦即未經於上訴聲明中表示者，並無受第三審審判之可能，則理論上未聲明上訴部分自告確定，當無於更審程序中再行擴張上訴聲明之餘地[11]，亦有學者認為更審程序中既不許提起附帶上訴，倘允許擴張上訴聲明，對他造顯然失衡[12]。

至於第二審訴之變更、追加，則屬新請求（新訴）的提出，該部分原非第一審審理範圍，當無所謂上訴範圍或聲明擴張之問題，尤其在被上訴人為原告的場合，其於第二審提出訴之變更、追加時，可以更清楚看出沒有上訴聲明擴張之可言。

三、第二審訴之變更、追加之啟動

訴之變更、追加乃專屬於原告之權利，被告並無此權利，故第二審訴訟之繫屬，無論是由原告提起上訴，或由被告為之，只要合乎要件，原告均得於第二審為訴之變更、追加[13]。此外，本法所定第二審訴之變更、追加，並無限制第一審全部勝訴之當事人不得為之，故凡符合民訴法第 446 條第 1 項規定者，縱使超出原第一審審理範圍，亦無不可。至於被告一方，除非提起反訴，否則縱使是被告提起第二審上訴，居於第二審上訴人之地位，仍無可能於第二審為訴之變更、追加。

當事人於第二審程序中進行訴之變更或追加，以有合法之第二審訴訟繫屬為前提，故倘上訴不合法，自始無合法之第二審訴訟繫屬存在，亦無法為第二審訴之變更、追加，從而應以不合法為由，裁定駁回第二審訴之變更、追加[14]。至於在第二審追加新訴經駁回者，原告得否依民訴法第 463 條準用第 258 條第 2 項規定，向第二審法院聲請審判追加之訴？實務見解似認為民訴法第 258 條規定於第二審得予準用[15]，學者亦有認為第二審得準用民訴法第 258 條第 2 項之見解[16]；然本文認為第二審駁回原告訴之變更、追加，理由通常在於侵害被告之審級利益，此時倘又承認原告得依民訴法第 463 條準用第 258 條第 2 項規定，聲請第二審法院審判該追加之訴，豈不自相矛盾？故應採否定說為宜。

我國民訴法雖未如同日本民事訴訟法第 143 條明定訴之變更、追加應於事實審言詞辯論終結前為之，然國內學者仍為相同之解釋，認為應於第二審言詞辯論終結前為之[17]，惟經第三審法院發回或發交更審之事件，如具備法定要件，仍得於更審程序中為訴之變更、追加。

（文轉三版）

註釋

1 民事訴訟法第 446 條民國 24 年之立法理由謂：「查民訴條例第五百十三條理由謂審級制度，不必反於當事人之意思而維持之，故本條例定為若經他造同意，在第二審亦得為訴之變更、追加及提起反訴」。

2 姚瑞光，民事訴訟法論，作者自版，2012 年 1 月版，第 431-432 頁。

3 呂太郎，民事訴訟法，元照出版有限公司出版，2016 年 8 月初版 2 刷，第 397-398 頁；魏大喨，民事訴訟法，三民書局發行，2015 年 7 月初版 1 刷，第 157 頁；吳明軒，民事訴訟法（中冊），作者自版，2013 年 7 月修訂 10 版，第 811 頁。

4 日本民事訴訟法第 143 條第 1 項規定：「原告は、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができる。ただし、これにより著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは、この限りでない」。

5 中野貞一郎等編，新民事訴訟法講義（第 3 版），有斐閣，2018 年 2 月 10 日 3 版 1 刷，第 561-562 頁。

6 魏大喨，第二審上訴制度之研究，臺灣高等法院發行，2004 年 12 月初版，第 70-71 頁。

7 呂太郎，同註 3，第 700-701 頁

8 中野貞一郎等編，同註 5，第 645-646 頁。

9 呂太郎，同註 3，第 701 頁；吳明軒，民事訴訟法（下冊），作者自版，2013 年 7 月修訂 10 版，第 1363 頁。

10 參閱民國 93 年 2 月 24 日最高法院 93 年度第 3 次民事庭會議決議。

11 呂太郎，同註 3，第 701 頁。

12 吳明軒，同註 9，第 1364 頁。

13 最高法院 88 年度台上字第 2582 號民事判決謂：「被上訴人於上訴人提起第二審上訴時，依其原主張之訴訟標的，就未曾由第一審判決之金額，擴張其起訴之聲明，揆諸民事訴訟法第四百四十六條第一項但書、第二百五十六條第二款規定，應為法之所許，殊不因被上訴人未對第一審判決提起上訴，即將擴張『起訴』之聲明與擴張『上訴』之聲明混為一談，而謂被上訴人於第二審就該未曾由第一審判決之金額不得為聲明之擴張」。

14 魏大喨，同註 6，第 156 頁。

15 最高法院 106 年度台上字第 1179 號判決謂：「按第二審法院因民事訴訟法第 255 條第 1 項但書規定，而許訴之變更或追加，依同法第 463 條準用第 258 條之規定，當事人要無聲明不服之餘地」。

16 魏大喨，同註 6，第 160 頁。

17 吳明軒，同註 9，第 1368 頁。

18 魏大喨，同註 6，第 161 頁。

19 呂太郎，同註 3，第 702 頁。

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
法
服務
TEL:02-2
收容
線上審
https://www.j
work/wo
線上
審
數位
簽
科技
卷
無紙
裁
電子
用
即時
送

法律網 ank.com.tw 一欄式檢索、各類資料進階檢索 原資訊 專線 509-3536 事件 理系統 udicial.gov.tw/ rk20.asp 化 理 化 章 化 證 化 判 化 印 化 達

（文接二版）

四、撤回上訴是否影響訴之變更、追加之效力？

雖曾合法提起第二審上訴，但於審理中撤回上訴者，其第二審訴之變更、追加，應如何處理？有學者認為，第二審訴之變更、追加，係附隨於上訴程序，故上訴因撤回而消滅時，訴之變更、追加即不能單獨存在，同時為維護當事人審級利益，亦應認無民訴法第 258 條第 2 項準用，當事人不得聲請第二審法院就追加之訴為審判[18]。但亦有學者認為，本法規定當事人得於第二審進行訴之變更、追加，目的在利用已進行之原審及上訴程序資料，繼續審查新訴，以符訴訟經濟，是撤回上訴之行為，不影響合法之訴之變更、追加[19]，實務見解亦採此一看法[20]。

實務見解認為撤回上訴之行為，不影響合法之訴之變更、追加，此一看法對於原告較有保障，例如原告於請求權將罹於時效之際，為保全請求權之行使，於第二審為訴之追加，不料嗣後他造撤回上訴，此時若將第二審追加之訴駁回，原告須重新起訴，其請求權可能罹於時效，故解釋為不受上訴撤回之影響，確有實益；不過，原告當初於第二審追加新訴時，究係預期得合併利用第二審程序解決紛爭，而願犧牲審級利益，但在上訴經撤回之後，此一考量已不存在，故除兩造合意繼續由第二審審判外，似可參考實務上對於主參加訴訟之作法，將此追加之訴由第二審以裁定移送於第一審管轄法院[21]，或於將來立法時，予以明確規範。

五、第二審訴之變更、追加之程式

有關第二審訴之變更、追加，應否提出書面為之，民訴法第 446 條雖未明文規定，然慮及訴之變更、追加，已涉及審理對象之改變，甚至屬追加新訴，故民訴法第 244 條有關起訴程式之要求，於訴之變更、追加應有適用。

不過民訴法第 261 條第 2 項特別明定：「於言詞辯論時所為訴之變更、追加或提起反訴，應記載於言詞辯論筆錄；如他造不在場，應將筆錄送達」，允許得於言詞辯論時進行訴之變更、追加，而此規定依同法第 463 條規定，於第二審程序亦得準用，故第二審訴之變更、追加除向法院提出書狀外，亦得於言詞辯論期日以言詞為之，但如他造未到場，應將言詞辯論筆錄送達於他造，使其知悉訴之變更、追加之情事，俾保障他造之程序權益。

六、準用民訴法第 255 條第 2 項「視為同意」條款之爭議

假若沒有民訴法第 255 條第 1 項第 2 款至第 6 款所定情形，也欠缺被告明示同意，得否僅因被告無異議而為本案之言詞辯論，認為第二審得準用民訴法第 255 條第 2 項規定，認定訴之變更、追加合法？持肯定說者，認為依民訴法第 463 條準用第一審程序結果，他造當事人對於訴之變更、追加無異議而為本案之言詞辯論者，得準用同法第 255 條第 2 項規定，視為同意變更、追加[22]；持否定說者，則認為民訴法第 446 條第 1 項明示第二審訴之變更、追加，限於同法第 255 條第 1 項第 2 款至第 6 款情形，並不包括同條第 2 項，依明示其一排除其他之法理，應認為第二審訴之變更、追加限於明示同意，不包括默示同意[23]。

實務見解傾向肯定說之看法，例如最高法院 89 年度台抗字第 133 號民事裁定認為他造對於第二審訴之變更、追加無異議而為本案之言詞辯論者，得依同法第 463 條準用第 255 條第 2 項之規定，視為同意追加。本文認為民訴法第 446 條第 1 項規定，旨在規範允許訴之變更、追加之類型，與同法第 255 條第 2 項規定被告是否異議，核屬不相關之兩事，故否定說未區辨此差異，徒以明示其一排除其他，否定第二審得準用民訴法第 255 條第 2 項規定，理由似嫌薄弱，難予贊同，故認以肯定說為可採。

參 對合法第二審訴之變更、追加之處理

一、已提出訴訟資料及攻擊防禦方法之流用

只要第二審訴之追加或變更符合要件後，原已提出或調查之證據資料，都可以成為新請求之訴訟資料，加以合併利用，實務上甚至將舊訴訟資料於新請求中得否續予利用，作為是否准許訴之變更、追加的判斷標準之一[24]。

業經自認之事實，在新請求中也依然有效，亦得作為裁判的依據。但有學者認為，倘原告起訴時僅請求少數賠償金額，卻在事後追加請求高額之賠償，或者原僅請求利息，後來追加請求本金，此時應允許被告以其訴訟之利益有重大變更為由，撤銷自認[25]。我國法對於撤銷自認，雖僅限於「能證明與事實不符或經他造同意」，但為免原告以訴之追加突襲他造，應得參考前述看法，於對被告之訴訟利益有重大變更之情形下，允許得撤銷自認。

二、第二審訴之變更、追加之審理

（一）訴之追加（追加變更）

倘原告於第二審為訴之追加，且屬單純之追加，無論其為聲明追加（請求金額追加），或請求原因追加（單純合併之追加），法院均應合併予以審理，並就原判決之當否及追加請求是否准許，分別於主文中諭知。

至於原告於第二審為預備合併之追加時，乃請求第二審法院於先位請求無理由時，始請求法院就預備之訴為審理，故其處理方式與第一審預備合併之訴相同。同樣地，原告於第二審為選擇合併之追加時，其處理方式如同第一審之操作，例如：第一審判決原告勝訴，被告提起上訴後，原告追加另一請求權，並請求法院擇一為其勝訴判決，第二審如認原告其中之一請求為有理由時，即得駁回被告之上訴。倘第一審為原告敗訴之判決，原告提起上訴，並為選擇合併之追加，第二審如認原告其中之一請求為有理由，應廢棄原判決，另為原告勝訴之判決；反之，如原告請求均無理由時，僅須為上訴駁回之諭知，選擇合併之追加請求無理由部分，於理由中說明即可[26]。

（二）訴之變更（交換變更）

1、通說看法：

我國實務及通說一向認為，在上訴審為訴之變更，舊訴部分即視為撤回，毋庸再予裁判，只須專就新訴為審理及判決即可[27]。此一想法，連帶影響第二審主文之記載方式，亦即舊訴既然視為撤回，只須就變更之新訴為裁判，故縱使第二審審理結果，主文內容與第一審判決主文完全相同，亦不得維持原已失效之第一審判決，不能為上訴駁回之判決，而應僅就變更之訴為准駁之裁判。換句話說，變更之新請求若無理由，第二審應直接駁回變更之訴，毋庸另為上訴駁回之判決；反之，若新請求有理由，也應直接判決變更之新訴勝訴，同樣毋庸廢棄原判決。

2、質疑看法：

日本實務及通說的看法，與我國通說大致相同，但這樣的說法，受到部分學者的質疑，例如中田淳一教授認為，第二審程序是就第一審判決之當否為審查，原告之請求本身，經第一審判決後，已披上第一審判決之外衣，故原告於第二審為訴之變更，不能只是將新訴單純視為是第一審的請求，而應正視其乃利用對第一審判決不服程序而進行訴之變更，故此時第二審程序應轉變為「審查第一審判決結論對於『新請求』而言是否正確」[28]。換言之，原告在第二審進行訴之變更，仍未改變第二審之上訴程序性質，上訴審僅轉變為「有關第一審判決結果對於新請求而言是否妥當之審查」，因此當第二審與第一審判決主文相同時，仍應為駁回上訴之判決，倘第一審舊請求無理由被駁回，但變更之新訴有理由時，則應廢棄第一審判決，就新訴為有理由之判決。

三ヶ月章教授則認為在日本民事訴訟法規定中，除撤回訴訟外，別無其他方法排斥已被受理審判的對象，又訴之撤回，一般均須得到被告之同意，故通說將訴之交換變更理解為追加新請求與撤回舊請求的複合體，只要原告訴之交換變更被允許後，舊請求即視為撤回，完全毋須得到被告同意之見解，欠缺實定法上的依據，因此其主張於實定法下，應僅存在訴之追加變更此一訴之變更類型，並無區分為訴之追加變更及交換變更之必要性[29]。

（下期待續）

（作者為嘉義地院庭長）

註釋

20 最高法院 103 年度台抗字第 434 號民事裁定謂：「訴之變更，係利用原訴訟程序所為之起訴，故為訴之變更時，固須有原訴訟程序之存在，惟一經利用原訴訟程序合法為訴之變更後，即發生訴訟拘束之效力，而能獨立存在，不因嗣後原訴之訴訟繫屬消滅而受影響」。

21 最高法院 73 年台上字第 856 號民事判例謂：「在第二審提起主參加訴訟者，必須以本訴訟中之兩造為共同被告，為該訴訟之成立要件之一，如不備此要件而具備獨立之訴要件時，第二審法院應以裁定將該訴訟移送於第一審管轄法院」。

22 姚瑞光，同註 2，第 707-708 頁；呂太郎，同註 3，第 702 頁；陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2005 年 4 月 3 版 1 刷，第 268 頁。

23 魏大喨，同註 6，第 148 頁；吳明軒，同註 9，第 1369 頁。

24 參照最高法院 90 年度台抗字第 2 號裁定、95 年度台上字第 1573 號判決及 100 年度台抗字第 716 號裁定。

25 新堂幸司，新民事訴訟法第五版，弘文堂，平成 23 年 8 月 20 日 5 版 1 刷，第 762 頁。

26 魏大喨，同註 6，第 232-233 頁。

27 最高法院 97 年度台上字第 61 號判決謂：「當事人在第二審為訴之變更，係撤回原訴而提起新訴者，原訴已因訴之准許變更而視為撤回，第一審法院就原訴所為之判決，因此失其效力，第二審法院僅得就變更之新訴審判，不得就第一審之原訴更為裁判」。

28 中田淳一教授之看法，參看自高橋宏志，重点講義民事訴訟法【下】第 2 版補訂版，有斐閣，2014 年 9 月 30 日，第 2 版補訂版第 1 刷，第 660-661 頁。國內亦有介紹此一見解之文獻，參閱魏大喨，同註 6，第 229-230 頁。

29 三ヶ月章著，汪一凡譯，日本民事訴訟法，五南圖書出版公司出版，1997 年 6 月初版 1 刷，第 165-166 頁。