第二審訴之變更、追加理論再檢討

文／周俞宏

下

（文接上期）

新堂幸司教授也認為在訴之交換變更的情形，直接將原告提出變更之新請求，解釋為舊請求之訴訟繫屬視為消滅，但訴之撤回同時關係被告之利益，不能認為原告得任意撤回，故倘若沒有被告之同意，應該一律依訴之追加變更處理，不得將舊訴視為撤回[30]；他進一步質疑，原告得為訴之變更、追加的法理之一，在於新請求可以合併利用舊請求之證據資料及審理程序，以促進訴訟經濟，但在訴之交換變更的情形，逕將舊請求視為撤回起訴，即難以解釋此種合併利用程序的優點[31]。

國內學者同樣也有質疑的看法，姚瑞光教授認為訴之變更，乃以新的訴之要素，取代原有（舊）的訴之要素，故原有之舊訴，因被取代而不存在，毋庸再予辯論及裁判，但此處的變更，乃是法律認許的變更，並非撤回、捨棄或視為撤回舊訴，故無民訴法第 263 條視同未起訴之問題。因此，倘第二審訴之變更結果，導致第一審判決已屬不當者，此時應該認為上訴有理由，依上訴人之上訴聲明，廢棄原第一審判決，然後專就變更之訴為裁判[32]，不得認為原有之舊訴因視為撤回起訴，第一審判決已不存在，僅就變更之訴為裁判。

3、本文看法：

本文較傾向姚瑞光教授之看法，並認為通說主張原告為訴之變更後，舊訴即視為撤回的看法，有如下之矛盾及難以操作之處：

（1）在文義解釋上，民訴法第 255 條第 1 項第 4 款明定訴之變更，乃「因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者」，法條既明文以新「代」舊，即「取代」之意，並無「撤回」之文句或意涵，通說將之解釋為訴之變更後，舊訴視為撤回，欠缺實定法上依據。

（2）誠如三ヶ月章教授所述，被告已為本案言詞辯論後，其針對取得本案判決之既判力，已具有利益，原告欲撤回起訴，必須得到被告之同意[33]，我國民訴法第 262 條第 1 項對此亦有明文規定，然而在訴之變更之情形，實務及通說見解竟均承認原告得藉由訴之變更（交換變更），毋須被告同意即得將舊訴「視為撤回」，顯與前揭法律規定不符。

（3）再如中田淳一教授所言，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，此時原告再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，且若將「舊請求」視為撤回起訴，第一審判決解釋上即失其效力，上訴程序亦應告終結，此時，變更後請求即無第二審程序可以依附，將又發生前述【貳、四】撤回上訴是否影響訴之變更、追加合法性之爭議。

（4）在中斷時效的問題上，倘認為「變更成新請求後，舊訴即視為撤回」，是否會發生民法第 131 條所定撤回起訴，時效視為不中斷之問題？又舊訴視為撤回後，原告日後能否針對舊訴再重行起訴？

肆 案例式檢視第二審審判對象變更時之主文記載

一、請求之減縮

原告於第一審獲得全部勝訴判決後，於第二審減縮請求之金額，實務上認為屬訴訟之一部撤回，該撤回部分溯及訴訟繫屬時消滅，又第一審判決關於減縮部分，亦當然失效，故此時第二審逕為上訴駁回之判決，固然無礙，但實務操作上，通常於上訴駁回之主文後，另記載「原判決主文第 1 項關於被告應給付原告之金額減縮為○○○元」，以免執行程序誤以第一審判決主文逕予執行。學者認為此處原判決請求減縮之諭知，非審理結果有無理由之判斷，應僅屬告知性質，否則即淪為訴外裁判[34]。

反之，倘應廢棄第一審判決時，因原告曾於第二審減縮請求，此時第二審僅能就未減縮部分廢棄，不能連減縮之請求一併廢棄，故應於主文中明示除減縮部分外，其餘廢棄。

二、訴之追加（追加變更）

在第二審訴之追加的情形，倘屬單純合併之追加，由於追加部分未經第一審判決，所以在第二審主文中必須明確表示對追加部分的裁判結果，例如原告第一審請求被告返還房屋，經法院判決敗訴後，提起第二審上訴，並追加請求確認房屋所有權存在，倘若第二審認為追加之訴亦無理由，此時不能單純維持第一審判決，僅為上訴駁回之判決，亦必須將原告追加之訴駁回，始為適法。

至於原告於第二審為預備合併之追加或選擇合併之追加時，由於原告對於追加之請求設有條件，故對於追加部分是否裁判或准駁，處理方式與第一審相同，已簡介如前，茲不贅述。

三、訴之變更（交換變更）

依通說及實務之見解，原告為訴之變更時，倘法院以其訴之變更為合法，則原訴可認為已因撤回而終結者，應專就新訴裁判，故原告於第二審為訴之變更時，第二審法院亦僅得就變更之新訴審判，不得就第一審之原訴更為裁判。換言之，最簡單理解通說與實務之方式，就是逕認第一審判決已經失效，完全毋庸理會，一切以第二審判決主文為準。

這對法律專家而言，理解上或許不困難，但對於一般民眾，倘若不稍加說明，恐怕完全無法理解第一、二審判決主文之關係為何，這也正是為何於訴之減縮的情形下，為避免當事人錯誤解讀判決結果，第二審裁判通常於上訴駁回之主文後，另記載「原判決主文第 1 項關於被告應給付原告之金額減縮為○○○元」等曉示文字，以期明確。同樣的道理，原告於第二審進行訴之變更時，對於已經存在的第一審判決，於第二審判決主文竟完全不置一詞，難道真的妥適[35]？

有鑑於此，倘採姚瑞光教授之看法，原告為訴之變更時，原有之舊訴，是因被「取代」而不存在，毋庸再予辯論及裁判，但此處的變更，乃是法律認許的變更，並非撤回、捨棄或視為撤回舊訴，即無民訴法第 262 條第 1 項應得被告同意之問題，理論前後一貫。再者，姚教授認為上訴有無理由，專依第二審審判之結果而定，非專依第一審判決理由是否正當定之，故縱第一審判決理由屬於正當，但原告於第二審為訴之變更之結果，導致第一審判決已屬不當者，仍應認為上訴有理由[36]，第二審應依上訴人之上訴聲明，廢棄原第一審判決，然後專就原告變更之訴為裁判；然而，倘原告於第一審即已敗訴，於第二審變更之訴亦無理由，則第一審判決結論仍屬正確，僅形成理由與第二審不同，仍得維持第一審之判決主文，逕諭知上訴駁回（毋庸另諭知駁回變更之訴），是較為特殊之處。

以下茲舉幾例說明之：

（一）案例一（最高法院98年度台上字第1591號判決）

1、歷審判決結果：

第一審：原告敗訴（請求權基礎為民法第 568 條請求居間報酬）。

第二審：原告提起上訴後，為訴

（文轉三版）

註釋

30 新堂幸司，同註 25，第 763 頁。相同見解，參閱長谷部茂吉，控訴審における訴の変更と新訴に対する主文、ほか，法学セミナー通号 14 号，1957 年 5 月 1 日，第 75 頁。

31 新堂幸司，同註 25，第 763 頁。

32 姚瑞光，同註 2，第 713 頁。

33 三ヶ月章，控訴審において訴の変更がなされた場合の新訴に対する主文の判示方法— 訴の変更において旧訴が取下の要件を具備しない場合の措置，法学協会雑誌 75 巻 5 号，1959 年 1 月 31 日，第 670 頁。

34 魏大喨，同註 6，第 228 頁。

35 日本有學者認為在原告第一審勝訴之情形下，於第二審為訴之變更或減縮時，縱認第一審判決就該部分失其效力，仍宜於第二審判決主文中明白曉示該失去效力之部分，參閱中野貞一郎等編，同註 5；高橋宏志，同註 28，第 662 頁。

36 姚瑞光，同註 2，第 713 頁。

37 事實上，本件原告主張之請求權基礎始終為民法第 568 條（含第一、二審），僅在第二審時將原主張連帶給付變更為各別給付，應屬訴之聲明的變更，而非訴訟標的之變更。在整個原因事實的主張沒有改變的情形下，最高法院將第二審的請求（聲明從連帶給付變更為各別給付），視為一個（變更後）新訴，是否妥適，不無疑問，但因非本文討論範圍，茲不贅述。

38 本案例中原告於第一審即進行訴之變更（將請求權基礎由侵權行為變更為不當得利），於第二審並無訴之變更，僅提出新攻擊防禦方法，故最高法院 97 年度台上字第 61 號判決以原第二審有訴之變更，「不得就第一審之原訴更為裁判」為由，廢棄發回後，更一審無視最高法院之發回意旨，仍然維持與原第二審完全相同的主文，即仍廢棄第一審判決不利於上訴人藍○○部分，並駁回被上訴人在「第一審之訴」，嗣當事人提起上訴後，最高法院以 97 年度台上字第 2575 號判決駁回上訴，等於變相承認了第二審並沒有訴之變更存在。

39 三ヶ月章著，汪一凡譯，同註 29，第 165-166 頁。

40 三ヶ月章教授即指出在操作訴之變更或追加時，倘若發生不切實際的結果，此種情形，常常就是因為對訴訟標的理論採取了有問題的看法，例如在給付訴訟中，原告請求的法律根據雖然不同，但透過一次的給付，另一個請求權也必然隨之消滅的情形，將其認為是不同的訴訟標的的操作，視為訴之變更，當然可能發生不合理的結果，詳三ヶ月章著，同註 33，第 668 頁。

植根法律 數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵 帳 5005 帳
司法院

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

之變更（請求權基礎仍為民法第 568 條，但將連帶給付之請求變更為請求分別給付），第二審判准原告變更後之新請求。

2、歷審判決主文：

第一審：原告之訴駁回。

第二審：原判決廢棄。被上訴人（被告）呂○○等應分別給付上訴人（原告）666000 元，被上訴人（被告）呂○○等應分別給付上訴人（原告）444000 元。

3、最高法院見解：原告在第二審如為合法的訴之變更，第一審就原訴所為之裁判，應因合法的訴之變更而當然失其效力，第二審僅得就變更之新訴審判，不得就第一審之原訴更為裁判。

4、評析：

換句話說，最高法院認為第二審判決不得為「原判決廢棄」之諭知，只能判決「被上訴人（被告）應分別給付上訴人（原告）……」，如此一來，即生第一、二審判決主文矛盾之情形，亦即第一審判決「原告之訴駁回」的主文未經宣告廢棄（認為自動失效），但第二審另有一個准許主文，非無誤解之虞[37]。

（二）案例二（最高法院97年度台上字第61號及97年度台上字第2575號判決）

1、歷審判決結果：

第一審：原告勝訴（第一審之請求權基礎於審理中從侵權行為變更為不當得利）。

第二審：被告提起上訴後，提出新攻擊防禦方法，第二審法院認為原告之請求（不當得利）無理由，廢棄改判。

2、歷審判決主文：

第一審：被告藍○○應給付原告 1555 萬 3250 元。

第二審：原判決關於上訴人（被告）藍○○部分廢棄。上開廢棄部分被上訴人（原告）在第一審之訴駁回。

第三審：廢棄第二審判決，發回更審。

更一審：維持與原第二審相同主文。

3、最高法院見解（97 年度台上字第 61 號判決）：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。

4、評析：

依照最高法院上開看法，第二審法院似乎不應諭知「原判決關於上訴人藍○○部分廢棄」，也不應該判決「被上訴人在第一審之訴駁回」，而應直接判決「被上訴人藍○○變更之訴駁回」，倘如此，第一、二審判決主文不無發生誤解之虞，亦即第一審所為「被告藍○○應給付原告 1555 萬 3250 元」之主文，未經宣告廢棄（認為自動失效），但第二審又另為「被上訴人藍○○變更之訴駁回」之主文，此時是否易使人誤認為被上訴人藍○○之第一審勝訴部分仍存在，只是第二審變更之訴被駁回，故第一審勝訴判決仍然有效[38]？

（三）案例三（嘉義地院106年簡上字第78號判決）

1、歷審判決結果：

第一審：原告勝訴（請求權基礎為不當得利）。

第二審：被告提起上訴，抗辯未受有不當得利，原告為訴之變更（請求權從不當得利變更為繼承法律關係），第二審法院認為原告變更後新請求有理由。

2、歷審判決主文：

第一審：被告應給付原告 97970 元。

第二審：上訴人（被告）應在繼承王○○所得之遺產範圍內給付被上訴人（原告）97970 元。變更之訴訴訟費用由上訴人負擔。

3、評析：

（1）前述嘉義地院第二審（簡易事件）判決，乃依據最高法院向來見解所為判決結論，認為原告於第二審進行訴之變更後，舊訴已不存在，第二審毋庸就舊訴為裁判，只須專就變更後之新訴判決即可。然而，此時第一審判決主文「被告應給付原告97970元」之諭知，未經宣告廢棄（認為自動失效），而第二審主文又再一次命「被告應在繼承王○○所得之遺產範圍內給付原告97970元」，是否容易使人誤認為被告對原告有兩次給付義務？

（2）再者，更衍生其他法理上的難題：譬如，第一審諭知「被告應給付原告 97970 元」之判決，被法院認為因訴之變更而視為撤回起訴後，第一審判決失其效力，此時被告之上訴程序是否依然存在？或者已轉變為原告訴之變更後的第一審程序？同樣也值得討論的是，嘉義地院第二審判決主文第 2 項「變更之訴訴訟費用由上訴人負擔」究何所指？是否表示訴之變更應另徵裁判費？或者此處的變更之訴訴訟費用其實是指上訴費用？均屬不明。反之，倘認原告於第二審進行訴之變更，第二審仍未失其上訴審之性格，則上訴費用自然應由敗訴之人負擔，不生法理上疑義。據此，在在足認最高法院固守原告為訴之變更，舊訴視為撤回之看法，是治絲益棼的操作方法。

伍 結論

本文認為訴之變更最值得省思之處，乃三ヶ月章教授所指出訴之變更（含追加變更及交換變更）的考量重點，在於是否在原來的審判對象之外，發生了追加審判對象之情況，至於原告是否維持舊請求？或者消滅舊請求的訴訟繫屬，不必摻入訴之變更的概念之中；他進一步認為，在日本現行法下，訴之變更僅有追加變更一種，並無容許交換變更之可能，至於原告要消滅舊請求，除了撤回該訴外，別無他法[39]，新堂幸司教授也同樣質疑承認訴之交換變更的必要性，發人深省。故本文就目前實務上對於第二審訴之變更、追加之理論及操作，提出以下 3 點建議，以期實務運作更臻合理。[40]

一、從嚴解釋訴之變更，改正向來浮濫承認作法

本文認為日本民事訴訟法第 143 條對於訴之變更之規定，與我國不同，不必採相同之解釋。尤其我國民訴法第 255 條第 1 項第 4 款明定訴之變更類型（因情事變更而以他項聲明代最初之聲明），已不可能如三ヶ月章教授等日本學者所言，逕行否定訴之交換變更的存在。

然而，我國實務上對於訴之交換變更與追加變更，未予嚴格區分，過分浮濫承認訴之變更的結果，導致所有訴之追加，最後均淪為訴之變更，尚有不妥，本文認為我國現行法所承認的訴之變更，僅民訴法第 255 條第 1 項第 4 款「因情事變更而以他項聲明代最初之聲明」一種，唯有透過此等從嚴解釋的方法，才能避免在欠缺實定法的依據下，明明未得被告之同意，卻逕將原告之舊訴「視為撤回」，發生牴觸民訴法第 262 條第 1 項規定之疑義。

此外，在新訴訟標的理論已頗獲重視之今日，依新訴訟標的理論，倘若原告之新主張不影響其法地位之形成權或受給權，可能被視為法律觀點的變更，僅為新攻擊防禦方法的提出，並不認為是訴之追加、變更，似無必要廣泛將原告實體法上請求權之變更，認定屬於訴之變更，徒生操作上困難。

二、第二審訴之變更不應導致第二審喪失上訴程序之性格

誠如中田淳一教授所言，第二審程序是就第一審判決之當否為審查，原告在第一審判決後，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已，故應採姚瑞光教授之見解，認為訴之變更乃以新的訴之要素，取代原有（舊）的訴之要素，故原有之舊訴，係因被取代而不存在。因此倘從第二審程序進行審查結果，認為原告訴之變更後，已導致第一審判決屬不當者，此時應該認為上訴有理由，依上訴人之上訴聲明，廢棄原第一審判決，然後專就變更之訴為裁判，操作上簡潔易懂，理論更為一貫，又可兼顧第二審程序乃審查第一審裁判之上訴審性格，應是較佳之作法。

例如前述案例三中，倘第二審法院准許原告為訴之變更後，因原告本身已不再主張「舊請求」，故第一審判決據「舊請求」所為判決，即成為不當，故縱使原告變更後之新請求有理由，上訴仍屬有理由，主文仍應諭知為「原判決廢棄。上訴人應在繼承王○○所得之遺產範圍內給付被上訴人 97970 元」，除兼顧第二審程序為審查第一審判決當否之上訴審性格外，加上主文明示廢棄第一審判決，不致使當事人誤認第一審判決仍屬有效，較為妥適。

三、下下策：第二審主文中明白表示第一審判決失效之旨

縱使認為訴之變更有其操作上便利性，不願將其嚴格解釋為僅限於民訴法第 255 條第 1 項第 4 款之情形，至少在解釋訴之變更時，應配合民訴法第 262 條第 1 項應得被告同意之規定。換言之，倘原告於第二審將舊請求變更成新請求之同時，亦有消滅舊請求之意思，此時若有被告之同意，得例外依訴之變更處理，倘欠缺被告之同意，一律依訴之追加處理，法院必須就新訴、舊訴均予審判，不得將舊訴視為撤回。

以前述案例二而言，縱使如最高法院 97 年度台上字第 61 號判決採認之事實，被告於第一審敗訴後提起上訴，原告始在第二審將請求權基礎從侵權行為變更為不當得利，若採嚴格解釋，除非兩造均同意，否則應依訴之追加處理，又因原告此時已不再主張「舊請求」，是以法院可闡明其是否依選擇合併之法理，由法院擇一為其勝訴判決，並無窒礙難行之處。

最後，即便獲得被告同意後，認為可以承認舊訴已因原告訴之變更而視為撤回，故第一審法院就舊訴所為之判決，因此失其效力，不必再就第一審之原訴更為裁判，仍應參考實務上關於原告在第二審為訴之減縮之作法，於主文中曉示「第一審判決因舊訴視為撤回而失效」之意旨，以免執行程序誤以第一審判決主文逕予執行，以期周全。

（作者為嘉義地院庭長）