

明，故不以第一審敗訴為必要，縱第一審全部勝訴之人，仍有附帶上訴之可能。

(⇒)附帶上訴之合法要件：

1. 須上訴合法存在。
2. 須由被上訴人對上訴人提起。
3. 須係對於上訴人所上訴之第一審判決聲明不服。
4. 須於第二審言詞辯論終結前提起。（92年新法所增之但書）但經第三審法院發回或發交後，不得為之（民訴§460 I[☞]）：此處所謂言詞辯論終結前，係指第二審最後之言詞辯論終結前而言（因第三審不得為附帶上訴，民訴§473 II）。
5. 須非對於附帶上訴之附帶上訴：
 - (1) 附帶上訴之目的在使兩造對於上訴之利益保持平衡，若對於附帶上訴再許附帶上訴，自非所宜。
 - (2) 且上訴人於第二審言詞辯論終結前，隨時得擴張其應受判決事項之聲明（民訴§473 I 反推），不必用附帶上訴方式行之。

(⇒)附帶上訴提起之時間：

1. 上訴期間屆滿前、後均可為之。
2. 被上訴人曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得提起附帶上訴，但曾捨棄附帶上訴權，不得再行提起附帶上訴（民訴§439 I、459 II）。
3. 撤回附帶上訴後，於言詞辯論終結前仍得再度為附帶上訴（此為駱說）。

☞ 第四百六十條第一項但書，立法理由：「依原條文第一項規定，第二審判決經第三審法院發回或發交後，被上訴人就原第一審判決未聲明不服之部分，仍得於言詞辯論終結前為附帶上訴，致有訴訟之一部於經第二審法院判決後，因未上訴於第三審法院而告確定，然就原第一審未聲明不服部分之判決，於第二審判決經第三審法院發回或發交後，仍得為附帶上訴，有致未向第二審法院上訴部分之訴訟關係久懸不決之不合理現象，爰增設但書規定，使第一審判決未經上訴之部分，於第二審判決生效後，即可確定，以避免訴訟關係久懸不決，並減輕當事人之訟累。」

《例題》

何謂上訴、附帶上訴、抗告、再審，其意義及其區別？ (71書)

【擬答】

(一)意義：

- 1.所謂上訴，係指當事人對於下級法院不利於己之未確定終局判決，向上級法院聲明不服，請求廢棄或變更該判決之行為。
- 2.所謂附帶上訴，係當事人之一造提起第二審上訴後，被上訴人於已開始之第二審程序中亦提起第二審上訴，請求廢棄或變更第一審判決不利於己部分，而擴張有利於己部分之判決。
- 3.所謂抗告，係當事人或其他訴訟關係人對於未確定之裁定，向上級法院聲明不服，求為廢棄或變更該裁定之行為。
- 4.所謂再審，係當事人對於已確定之終局判決聲明不服，請求法院再為審判之行為。

(二)四者間之區別：

- 1.上訴與附帶上訴：上訴係對於未確定之判決為之，故對於第一、二審判決均得提起上訴，而附帶上訴僅得在第二審程序中提起，且須以上訴合法存在為前提，但如其具備上訴之要件者，縱上訴撤回或不合法駁回，附帶上訴視為獨立之上訴。
- 2.上訴與抗告：上訴係對於未確定之判決聲明不服之方法，抗告係對於未確定之裁定聲明不服之方法。
- 3.上訴與再審：上訴係對於未確定之終局判決聲明不服之方法，再審則係對於已確定終局判決聲明不服之方法。



十二、第二審程序終結之原因

- (一)因判決而終結。
- (二)因裁定駁回上訴而終結。
- (三)因和解而終結。
- (四)因撤回上訴而終結。
- (五)因撤回訴訟而終結。

《例題》

訴之撤回與上訴撤回之效果有何不同？

【擬答】

- (一)上訴撤回：使上訴審訴訟繫屬消滅，第一審判決即因而確定。
- (二)訴之撤回：使訴訟繫屬消滅，視同未起訴。但在第一審經終局判決後始將訴撤回者，不得復提起同一訴訟（民訴§263）。



十三、第二審程序之準用第一審程序（民訴§463）

《例題》

甲起訴請求法院判令乙給付借款新台幣一百萬元，第一審法院判決乙敗訴，乙不服，提起第二審上訴，在第二審準備程序期日開庭時，甲當庭口頭表示撤回起訴，並由書記官記明筆錄，問甲所為撤回起訴之法律效力如何？又甲如在第二審程序中合法撤回起訴後可否再就同一訴訟標的對乙提起訴訟？或逕以第一審法院之勝訴判決對乙聲請強制執行？（87書）

【擬答】

- (一)按原告於判決確定前，得撤回其訴之全部或一部，但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意，民事訴訟法第二百六十二條第一項定有明文。是原告於準備程序中撤回其訴者，自無須徵得被告之同意，即生訴之撤回之效力。惟同條第二項規定訴之撤回應以書狀為之，僅於言詞辯論時得以言詞為之，此乃關於訴之撤回之程式規定，為強制規定，且此規定準用於第二審。本題原告於第二審準備程序時未以書狀表示撤回起訴，故不生撤回之效力，從而原告起訴所生之訴訟繫屬自不因其訴之撤回而消滅。
- (二)當事人於終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴，此規定於第一審程序中（民訴§263II），但於第二審程序亦準用之（民訴§463）。本題甲所提之訴業經第一審法院判決，第一審法院所為之判決亦為終局判決，故甲於第二審程序中合法撤回其訴後，準用同法第二百六十三條第二項之結果，甲不得復提起同一之訴。