

民訴判解

對於第二審判決提起上訴後撤回上訴之判決確定時點

最高法院99年度台聲字第1082號判決

【實務選擇題】

甲、乙為夫妻，甲主張受被告乙不堪同居之虐待，乃向台北地院訴請判決離婚，法院判決原告勝訴，准兩造離婚，甲乙並於民國100年1月1日收到判決書。試問下列答案，何者正確？

- (A)設乙於1月5日合法提起上訴後，並於同月24日撤回上訴，則判決確定於1月22日。
- (B)設乙於1月5日合法提起上訴後，仍受敗訴判決，並於同年6月1日收到判決書，隨即於合法期間內上訴至第三審法院，然於同年月的25日撤回第三審上訴，則判決確定於6月22日。
- (C)若乙於1月23日始提起上訴，於1月30日被法院以不合法上訴駁回確定，則判決確定於1月30日。
- (D)若乙於1月10日提起上訴，於1月30日被法院以不合法上訴駁回確定，則依多數實務見解認為，判決確定於1月22日。

答案：B

【判決節錄】

按民事訴訟法第77條之25第2項及第466條之3第1項規定第三審律師之酬金為訴訟費用之一部，而聲請核定第三審律師酬金，目的在於確定訴訟費用額，亦即確定應負擔訴訟費用之一造應賠償他造所支出訴訟費用之數額。又當事人對於第二審判決提起上訴，嗣於上訴期間屆滿以後撤回第三審上訴者，因原來提起上訴之訴訟行為，已因在後之撤回行為而不存在，第三審訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果與未提起上訴之情形相同，第二審判決之確定日期應與未上訴同，第二審判決應溯及於上訴期間屆滿時確定。本件相對人於民國九十九年四月一日提起第三審上訴，嗣於同年六月二十五日撤回上訴，其第三審訴訟繫屬因而溯及消滅，從而聲請人即不得聲請第三審法院核定第三審律師酬金，其聲請不應准許。

【學說速覽】

◎撤回上訴生效之時期：

在第二審程序，上訴人於終局判決前，得撤回上訴。撤回上訴者，喪失其上訴權，第一審判決歸於確定，民事訴訟法第459條定有明文。在民事訴訟法第94條之1第2項、第190條、第191條及459條第2項所定視為撤回上訴之情形，亦生撤回上訴同一之效力。至當事人撤回上訴，究應於何時生效？有甲、乙二說。

(一) 甲說：當事人對於第一審判決提起合法之上訴，嗣於上訴期間屆滿後撤回上訴者，原來提起上訴之行爲，已因在後之訴訟行爲而不存在，第二審之訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果與未提起上訴之情形相同。

(二) 乙說：民事訴訟法第398條第1項規定，判決，於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定。第一審判決經當事人提起合法之上訴，依上規定即阻其確定，其訴訟並因而繫屬於第二審法院，嗣當事人於上訴期間屆滿後撤回上訴，第一審判決應於其撤回上訴生效時確定，非溯及至上訴期間屆滿時確定。

對此爭議，終經最高法院96年度第6次民事庭會議決議採乙說而有定論。學者亦認為上述實務見解堪稱的論。蓋民事訴訟法第263條第1項規定，訴經撤回者，視同未起訴。同法第459條第3項規定，撤回上訴者，喪失其上訴權。兩者之效力大不相同，不能相提並論。申言之，原告撤回其訴者，應溯及於起訴時與未起訴有同一之效力。而上訴人撤回上訴者，僅喪失其上訴權，使第一審判決歸於確定；此後上訴人不得再行提起上訴，非謂撤回上訴應溯及於第一審判決上訴期間屆滿時始歸確定也。至於本則最高法院之判決，值得注意者爲，其採取與上開最高法院決議不同之見解，而是採取該決議之甲說。換言之，可以推論出最高法院上開決議之適用範圍應只侷限於合法上訴第二審法院後，並於上訴期間屆滿後撤回上訴之情形，而不適用於合法上訴第三審法院後，並於上訴期間屆滿後撤回上訴之情形。

【關鍵字】

撤回上訴、判決確定之時期、期間之計算。

【相關法條】

民事訴訟法第398條、第459條。

【參考文獻】

1. 張劍男，民事撤回起訴與撤回上訴，司法周刊，2009年3月19日。
2. 吳明軒，撤回上訴之效力，月旦法學教室，2008年12月。
3. 吳明軒，判決確定之時期，月旦法學教室，2008年08月。