

訂 改

# 論法訟訴事民國中

者 著  
勳 邵

下

訂改

# 中國民事訴訟法論下卷

不謂客。限不謂承辦其案件之開事。本以

## 第八編 上訴程序

### 第一章 總論

#### 第一節 上訴之必要

抑法院。既如前述。由推事所組織。而關於推事之資格。固已設嚴格規定。必須由有法律學識及經驗宏富者充之。以期其裁判之合法適當。俾司法權得以暢行無礙。然裁判官。亦人也。當其處理訴訟。執行職務。不能謂為絕無錯誤。夫既難免其誤。自不能不設匡正之道。俾當事人得以充分伸張權利。國家亦可於民事訴訟上完全達到保護私權之目的。倘有不服裁判之當事人。自應許其聲明不服。可以要求廢棄變更原裁判。用資糾正。此所以有認上訴制之必要。歷來各國立法例所以認上訴制度者此也。

我民事訴訟法。法院設上級審下級審之階級。一經訴訟當事人聲明不服。即有使上級法院審查下級法院裁判之必要。審查結果。並有廢棄變更下級法院裁判之必要。此聲明不服之方法。即係上訴制之內容。故上訴制之內容。不外為糾正下級審錯誤之裁判所設之制度也。

設立上訴制。固爲糾正下級審錯誤之裁判起見。他面爲國家制度上觀察。一國法律亦有統一解釋之必要。關於法律之解釋。無數之下級審。固屬意見紛歧。即少數之上級審。亦仍不能趨於一致。是故在後必須有唯一最高之上級法院存在。俾得就法律爲統一之解釋。亦爲國家之自存及維持裁判威信上所應計及。上訴制之所以設。此亦一理由也。

要之。民事訴訟所以認上訴制。意在擔保裁判之正當。得以完全達到保護私權之目的計也。

第二節 上訴之觀念

第一。上訴之觀念。上訴者。謂當事人對於第一審法院之裁判。認爲不當。而向第二審法院聲明不服。以請求撤銷或變更之。其目的在使第一審法院之裁判。發生效力。而由第二審法院。再行審理。以爲最終之裁判。

上訴者。訴訟當事人要求上級法院廢棄變更下級法院未確定之裁判。一種不服之聲明也。

## 第二 上訴之性質

依右定義。分析說明上訴之性質於左。

一 上訴者、不服從裁判之聲明也、

上訴須有其所不服之裁判存在。如無不服之裁判。即決無上訴存在。而其裁判。須爲終局判決。

法院書記官之處分。非裁判。故不得以上訴方法聲明不服（二四〇）。

若非對於裁判聲明不服。不得謂爲上訴。所謂對於裁判聲明不服者。即不能承服其裁判之謂也。亦即以

其有可得更受利益裁判之事由存在。從而爲不服聲明之意也。

對於判決之不服。有第二審上訴與第三審上訴之分。

德、日、法上稱第二審上訴。曰控訴。稱第三審上訴。曰上告。

本法於抗告程序。不認爲上訴之一。而於上訴編外。特立一編曰抗告(包含再抗告在內)程序。以爲對於裁定聲明不服之方法。

## 二 上訴者、對於上訴法院所爲不服之聲明也

對於判決聲明不服。不得概謂上訴。而上訴則必須對於上級法院聲明不服者。

對於支付命令聲明異議(五二二)、對於受命推事受託推事提出異議(四八二)、對於確定判決提起再審之訴(四九二、四九三)、等。均係向原爲裁判之法院聲明不服。故非上訴。而上訴。必須對於直接上級法院求將原裁判廢棄變更。上訴與他種聲明不服之區別在此。

## 三 上訴者、對於未確定之裁判不服之聲明也

上訴者。對於未生確定力之下級法院裁判所爲不服之聲明也。易詞言之。上訴者。於訴訟關係存續中(訴訟繫屬中)聲明不服之方法。有續行訴訟之性質。決非新開始另一訴訟程序。係就同一訴訟關係。而爲進行發展。仍與下級審之訴訟程序組成一體。不過將一訴訟程序別爲數階段而已。由此言之。其與對

於確定裁判所要求廢棄變更之再審程序。明有區別。再審程序。係將已終了之訴訟程序。使其復活之一種非常程序。非一宗訴訟程序進行之階段。故與上訴之性質不同。一補償損失。二補償損失。三補償損失。四上訴者。當事人爲求廢棄變更所爲不服之聲明也。凡裁判。有得由原爲裁判之法院自行廢棄變更者。第二三八條但書規定之裁判屬之。有依當事人之聲明始由原法院或上級法院開始訴訟程序因以廢棄變更其前爲之裁判（終局判決、支付命令）者。上訴及對於支付命令之異議屬之。故上訴必經當事人聲明而後予以開始其訴訟程序也。上訴。當事人爲求廢棄變更前爲之裁判。要求開始訴訟程序。謂之不服之聲明。而上訴則係要求上級法院開始訴訟程序。廢棄變更下級法院之裁判之不服聲明也。上訴之聲明不服。限於當事人。非當事人及可與當事人同視之人不得有上訴權。而對於裁定之抗告。則可由第三人爲之。如證人鑑定人對於罰鍰之裁定提起之抗告（三〇三、三一、三一一、三二五、三二四）、執有文書第三人之抗告（三四九）、等是也。廢棄者。就形式言。如稱原判決廢棄。原判決關於某部分廢棄、是也。變更者。就實質言。廢棄原裁判而代以他判決（改判結果、即係變更、）之謂也。

### 第三節 上訴之種類及特質

第一審上訴之種類。我國法律所規定者。係以第一審法院之判決。不經其執行之效力也。即我民訴法上所認上訴之種類。曰第二審上訴及第三審上訴二者。抗告不認爲上訴之一。

第二 上訴之特質。上訴之特質。依上訴之種類。說明各上訴之特質如左。茲以抗告上訴之特質。說明之。

## 第一 第二審上訴

第二審上訴者。對於第一審法院之判決之上訴也。詳言之。對於第一審法院之終局判決。由不服之當事人向直接上級法院求其廢棄變更之聲明也。

第一審上訴係對於判決聲明不服。抗告係對於裁定聲明不服。此爲上訴與抗告不同之特質所在。第二審上訴係對於第一審判決爲之。而與第三審上訴之對於第二審判決爲之者。亦顯有別。又第二審上訴得就事實之確定與法令之違背。同爲不服之理由。若第三審上訴。則以違背法令爲理由爲原則（四六四、四七三之一）。第三審上訴。於例外情形（四七三之二）。雖亦得主張事實。但不得以第二審確定事實不當爲理由。主張不服。此亦爲第二三審上訴不同之特質。蓋不同。

第二 第三審上訴。第三審上訴。與抗告之性質。迥然不同。第三審上訴。係以第二審判決爲之。第三審上訴者。對於第二審法院之判決所提起之上訴也。即由不服之當事人要求第三審法院廢棄變更第

二審終局判決之聲明也。

第三審上訴。係對於判決之不服。與抗告之對於裁定聲明不服者不同。第三審上訴係對於第二審判決之不服。與對於第一審判決之不服提起第二審上訴者不同。

#### 第四節 上訴提起之效力

上訴一經適法提起。即生移審之效力及停止之效力如左。

##### 第一 移審之效力

移審之效力者。使訴訟脫離下級法院之繫屬、而繫屬於上級法院之效力也。易詞言之。其訴訟、因上訴之提起、與下級法院完全脫離關係、由上級法院就其訴訟事件、開始審判之效力（上級法院於當事人聲明不服之限度內、有調查其原裁判之當否、並為裁判之權利義務、）也。

##### 第二 停止之效力

停止之效力。可分為二。即確定力停止之效力及執行力停止之效力是也。

第一 確定力停止之效力 確定力停止之效力者。其依上訴所聲明不服之裁判。不使其確定之效力也。即裁判因上訴之提起、足以遮斷其確定之效力也。

第二 第二三審上訴及抗告再抗告。均有此種效力。

二 執行力停止之效力。執行力停止之效力者。其依上訴所聲明不服之裁判。不使其執行之效力也。即裁判因上訴之提起。足以阻斷其執行力之效力也。

提起第二三審上訴。除原判決有假執行之宣告外。概生停止執行之效力。至對於裁定之抗告再抗告。原則不停止執行。例外許其停止(四八八)。

## 第二章 第二審上訴

### 第一節 第二審上訴之性質

#### 第一 第二審上訴之意義

第二審上訴者。對於地方法院之第一審終局判決。由不服之當事人對於第二審法院、要求調查原判決之當否、並為利己之廢棄變更、以關於事實點法律點之覆審為目的、之上訴也。

#### 第二 第二審上訴之本質

依上定義。分說第二審上訴之本質如左。

一 第二審上訴、上訴之一種也、

第二審上訴者。對於下級審之裁判、由不服之當事人、要求上級法院調查其當否、並求為利己之廢棄變

更之聲明、也。

## 二 第二審上訴、對於判決不服之聲明也、

第二審上訴。係對於判決不服之聲明。對於裁定不服之聲明。係抗告。非上訴。而與第三審上訴之對於判決爲之者同。

## 三 第二審上訴、對於第一審法院之判決所爲不服之聲明也、

依法組法所定。第一審法院爲地方法院。故第二審上訴。恒爲對於地方法院之第一審判決所爲不服之聲明也。

此爲第二審上訴之一特質。第二審上訴係對於第一審法院之判決所爲不服之聲明。而與第三審上訴之對於第二審判決不服之聲明有異。

## 四 第二審上訴、對於第一審終局判決所爲不服之聲明也、

可得以前第二審上訴聲明不服之判決。終局判決也(四三四)。對於中間判決。不得獨立提起第二審上訴。祇得俟終局判決後與終局判決一併陳明不服(四三五本文)。此時第二審法院不得不就中間判決判斷其當否。

既爲終局判決。究爲全部終局判決(三八一)。抑爲一部終局判決(三八二)。則非所問。

五 第二審上訴、向第二審法院所爲不服之聲明也、

依法組法所定地方法院之直接上級法院爲高等法院及其分院。第二審上訴。即向高等法院及其分院所爲不服之聲明。故對於非第二審法院之最高法院。提起第二審上訴。則所不許。

六 第二審上訴請求開始第二審判決程序、發生第二審訴訟的法律關係之行爲也、  
有第二審上訴之提起。第二審之判決程序。即以開始。第二審法院因此負擔其訴訟法上之權利義務。當事人在其審理中可得提出攻擊防禦方法。就此點言。恰與訴之提起相類。第二審上訴程序。雖審查第一審判決之當否。然又非由上訴法院以職權開始其程序。依民事訴訟法上原則之處分權主義。須由當事人聲明上訴。而後開始。易詞言之。第二審程序之開始。聽當事人之自由意思行之。當事人有上訴之聲明。第二審法院始有開始訴訟、審查其所不服判決之當否、應否予以廢棄變更、之義務。

七 第二審上訴者、要求第二審法院就第一審判決爲利己之廢棄變更之行爲也、

第二審上訴。對於第一審判決聲明不服。要求第二審法院加以覆審。廢棄變更其第一審判決。故第二審上訴。非新訴之提起。此就訴之聲明與上訴之聲明之關係上。即可見之。訴之聲明。係就法律關係之存在不存在。而爲主張（即請求）。要求法院就其主張（請求）爲判決。第一審之本案判決。即就其請求所爲之判決也。而第二審上訴之聲明。則係對於第一審判決。於某程度內聲明不服。依其聲明所定之範圍。

覆審其第一審法院就原告以訴主張之請求所爲之判決是否正當。並求變更其判決之行爲。故提起第二審上訴。非起訴可比。惟第二審上訴之聲明。亦不得超過第一審訴之聲明之範圍。自不待論。若許其得以超過訴聲明之範圍。而爲第二審上訴之聲明。則第一審所未曾是認或否認之請求。亦不得不許其第二審新爲裁判。是第二審上訴。無異於一種新訴。既違反第二審上訴之性質。亦不免紊亂審級之秩序。故第二審以不許提起新訴爲原則（例外、四四三）。

八。第二審上訴、係續行第二審言詞辯論之程度、非完全更新審理也。所謂續行言詞辯論者。非續行判決程度之意。而與言詞辯論之再開同（二二〇）。當事人言上訴之理由如係第一審判決基本之事實。固得提出。即係第一審判決基本外之事實。亦不妨提出。凡第一審未經提出之攻擊方法防禦方法（即新事實新證據方法）。均可於第二審提出之（四四四）。從而第二審上訴。雖以覆審第一審判決當否爲目的。然第二審判決。有時亦得依新資料。變更原判決。而新爲判決。要之。第二審上訴。係第一審言詞辯論之續行。而非判決程度之續行。故與第三審上訴之續行第二審判決之程度者。顯有不同。

## 第二節 第二審上訴權

### 第一 總說

受第一審終局判決之當事人。對於第二審法院有上訴權。而第二審上訴權。可別爲抽象的上訴權、形式的上訴權、實質的上訴權、三者。恰與訴權別爲抽象的訴權、形式的訴權、實質的訴權、同。試於左分別說明之。

## 第二 抽象的上訴權

抽象的上訴權者。受第一審終局判決之當事人、對於第二審法院、固得要求其審查第一審判決之當否。然此要求審查。則又須先決定其有無此要求之權利存在。此權利、即抽象的上訴權也。此抽象的上訴權。因受第一審終局判決之結果。於上訴提起前、所抽象的存在之權利也。此權利。因第一審終局判決而發生。受其判決之當事人。即爲權利人。而抽象的上訴權之法律上利益。在於權利人可得要求調查第一審判決當否之點。從而抽象的上訴權。不能解爲無何等法律上之利益。受第一審判決之當事人。不拘於第一審判決之當否。均可得提起上訴者。因有此抽象的上訴權存在故也。

## 第三 形式的上訴權

抽象的上訴權行使以後。如其上訴具備一定條件者。即足以發生形式的上訴權。若無形式的上訴權。則原第一審法院、或第二審法院不可不以第二審上訴不適法駁回之（四三九、四四一）。故形式的上訴權者。提起第二審上訴之人要求第二審審查第一審判決之當否並求其就此爲裁判之權利也。故第二審上訴人有形式

的上訴權與否。恒因具備第二審上訴之適法要件與否而定。其審查結果。如有形式的上訴權存在（即第二審上訴適法要件存在）。第二審法院因其權利之效力所致。不可不審查其第一審判決之當否並為裁判之。從而形式的上訴權存否之調查。宜在第二審開辯論以前行之。第二審之本案審理。必須此形式的上訴權存在時行之。

#### 第四 實質的上訴權

實質的上訴權者。依第二審上訴以聲明不服之第一審終局判決、得如上訴人所聲明以為變更、之上訴人權利也。有實質的上訴權與否之審查。必須形式的上訴權存在時始得為之。即有形式的上訴權存在。第二審法院始予審查其上訴人聲明不服之當否。此審查。即係實質的上訴權存否之審查。若上訴人不服之聲明有理由。即原判決不當時。實質的上訴權即為存在。第二審法院即當以此為理由。廢棄變更原判決。

#### 第三節 第二審上訴之要件

##### 第一項 總說

一 提起第二審上訴者。訴訟當事人為求廢棄變更第一審判決對於第二審法院所為之意思表示也。一有上訴之提起。第二審法院於言詞辯論之前。即當先以職權調查上訴是否合法。若上訴不合法。且不能補正其欠缺者。以裁定駁回之（四四一）。雖在辯論中認上訴不合法。亦不可不為駁回。故上訴適法實為上訴之要件

。第二審法院於上訴具備要件時。始得調查裁判第一審判決之當否。此上訴必須適法之要件。謂之第二審上訴之適法要件。

二 第二審上訴具備適法要件。並其第二審上訴有理由者。第二審上訴人始得因其有理由而受利己之判決。故第二審上訴有理由一事。爲第二審上訴人取得勝訴判決之實質的要件。

三 爲求第二審上訴之適法。以具備法定方式並於法定期間內提起等要件爲必要。此等要件。謂之第二審上訴之積極的適法要件。

四 第二審上訴。縱經具備積極的適法要件。倘有妨碍提起第二審上訴之情事（即障礙）存在時。則其第二審上訴之提起。仍爲不適法。第二審法院不得審查第一審判決之當否。故此無障礙情事。亦爲第二審上訴之適法要件。此要件。可稱第二審上訴之消極的適法要件。此消極要件。如上訴權未經捨棄是也。

五 要之、第二審上訴之要件。可別爲適法要件與實質要件二者。如適法要件不存在。第二審法院不得審查第一審判決之當否。若實質要件不存在。上訴人不得以上訴有理由。取得勝訴之判決。至適法要件。更分爲積極的適法要件與消極的適法要件二者。前者以積極的法律要件之存在爲必要。後者以消極的情事不存在爲必要。

## 第二項 第二審之適法要件

第一款 第二審上訴之積極的適法要件

第一 第二審上訴須爲法所許可

第二審上訴必須對於第一審法院之終局判決。由訴訟當事人向第二審法院提起者。始得許可之（四三四）。今將此問題。分爲主觀條件與客觀條件而說明之。

（甲） 主觀條件

欲求第二審上訴法所許可。則上訴權利人不可不以第一審之對造爲第二審之對造。並其上訴人對於第一審判決有不服之聲明、等爲必要。試於左分析說明之。

（1） 第二審上訴者、由上訴權利人以第一審之對造爲被上訴人所提起之上訴也、

（二） 第二審上訴人之要件

稱提起第二審上訴之人爲上訴人。何人得爲上訴人。第一審之主當事人及其訴訟繼承人得爲上訴人。其在第一審非爲當事人之第三人。縱於訴訟之結果有利害關係。亦不得爲上訴人。而提起第二審上訴。此於單獨訴訟固不生問題。若係共同訴訟或輔助參加人。不免有疑問。試於左說明之。

（a） 共同訴訟之上訴人爲何人

通常共同訴訟人之上訴權。各別獨立對於對造存在。故與他之共同訴訟人無何等牽涉。可得獨立

以提起上訴。其共同訴訟人一人之上訴。不及影響於他共同訴訟人(五五)。反之、共同訴訟中之必要共同訴訟。其共同訴訟人之一人提起上訴。縱令他共同訴訟人未提起上訴。亦對於全體共同訴訟人。生提起上訴之效力(五六之一)。從而第二審法院對於必要共同訴訟人一人之上訴。亦不可不以全體共同訴訟人爲當事人。固可勿論。且其第一審判決因共同訴訟人一人之上訴對於全體共同訴訟人阻斷其確定力(三九七)。故雖未曾提起上訴之人。亦得於第二審言詞辯論中加入辯論。

(b) 輔助參加人亦得以主當事人名義提起第二審上訴。而不言不照者。蓋輔助參加人非第一審訴訟之主當事人。然既經參加於訴訟。即得提出攻擊防禦方法、聲明異議、提起上訴、並爲其他一切訴訟行爲(六二本文)。故輔助參加人得以提起上訴。甚屬明瞭。惟輔助參加人之訴訟行爲。如與被參加人(主當事人)之行爲抵觸時。則係不生效力(六一但書)。被參加人捨棄上訴權時。輔助參加人即不得提起第二審上訴。

## (二) 第二審被上訴人之要件

第二審上訴當以何人爲對造而提起之。則當以第一審訴訟之對造及其訴訟繼承人爲對造而提起之。第三人固不得以之爲上訴人。即以對造之從參加人爲對造。亦所不許。且亦不得對於與自己同爲共

同訴訟人之人及自己之輔助參加人提起上訴。並不得對於自己所輔助之當事人提起上訴。如係通常共同訴訟。其對於共同訴訟人一人提起之上訴。固祇對其一人發生效力。對於其他共同訴訟人不生效力(五五)。反之、如係必要共同訴訟。必須以全體共同訴訟人爲對造。而對其一人所提起之上訴。仍應解爲對於全體發生效力。按之法文。毫無庸疑(五六之一二)。

(2) 第二審上訴、須其上訴人對於第一審判決有不服時、始爲適法、所謂有不服時者。究指何時而言。議論紛歧。如左所述。

第一說 曰、提起上訴之不服云者。第一審判決否認上訴人在第一審請求之全部或一部、於上訴提起時、尙在受不利益狀態之意義。易詞言之。受敗訴判決時。而有不服者是也。依此說。祇須第一審判決否認原告請求之全部或一部。原告對於其判決即得聲明不服。適法提起上訴。故駁回原告請求全部之判決。被告無可不服。不得提起上訴。

第二說 曰、提起上訴之不服云者。上訴人於第二審言詞辯論終結時。可以取得較第一審判決更有利益之判決而言。依此說。縱係第一審判決是認上訴人請求之全部。受全部勝訴之判決。苟上訴人在第二審爲新請求者。自得基於新事實。更受有利益之判決。則仍得因新請求、適法提起第二審上訴。