



第三审民事判决 之制作及改进

姚瑞光 著



姚瑞光作品系列



中国政法大学出版社



· 姚瑞光作品系列 ·

第三审民事判决 之制作及改进

姚瑞光 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

第三审民事判决之制作及改进 / 姚瑞光著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-5620-3675-3

I. 第… II. 姚… III. 民事诉讼-判决-法律文书-写作-研究 IV. D915. 204
中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第122125号

本书源自2008年2月在台湾地区出版发行的同名繁体版图书

书 名 第三审民事判决之制作及改进

DISANSHEN MINSHI PANJUE ZHI ZHIZUO JI GAIJIN

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088

邮箱 academic.press@hotmail.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960mm 16开本 8.75印张 100千字

版 本 2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3675-3/D·3635

印 数 0 001-3 000

定 价 15.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

姚瑞光



姚瑞光（1919年11月25日—），广西蒙山县人，著名法学家，台湾地区前“司法院”大法官。1942年毕业于中央政治学校（台湾政治大学的前身）法律系，师从梅仲协先生。先后任台湾地区新竹地方法院法官、高等法院法官、“最高法院”法官。1976年出任台湾地区“司法院”第四届大法官，历时9年，于1985年辞职。曾在司法官训练所、台湾大学、政治大学、东吴大学、辅仁大学、中国文化大学任教。姚先生担任法官38年，从事法学研究已逾72年。至今，虽已年过九旬，仍继续在东吴大学教授民事诉讼法，授课之外仍潜心于民法总则和民法物权的研究，笔耕不辍。

序 言

著者自任职于“最高法院”（一九五五）后，有缘在司法官训练所、台大、政大、东吴、辅仁、中国文化等大学讲授民事诉讼法（一九五六迄今），以“最高法院”民庭代表资格，参与民法总则之修正（一九七四～一九七九），受司法官训练所聘为民法物权讲座（一九六四～一九七九）。对此三门法学，长期历久钻研，兼顾理论与实务，将思考及经验，撰著成书，深入浅出，易读易懂。惟两岸法制不同，文字表达方式，亦有出入。读者如能备有台湾版之六法全书（各种法律条文）及法学辞典，则更易了解。著者生平事迹，曾经同班同学中国社会科学院法学研究所终身教授谢怀栻先生于一九九九年以寿辰贺辞方式简介（附后），请读者参阅，不赘。

姚瑞光

二〇一〇年六月十四日于台北市寓所

目次

◎ 序 言	1
◎ 壹 目前第三审判决之模式	1
例一 2005 年台上字第二一三号	1
例二 2005 年台上字第二九六号	2
例三 2005 年台上字第四八三号	3
◎ 贰 前述模式合否法律规定	5
◎ 叁 不必记载“事实”	7
◎ 肆 “理由”应记载“原判决确定之事实”	9
◎ 伍 第二审判决书应载明经“确定之事实”	10
◎ 陆 无记载当事人起诉主张及抗辩事实之必要	11
◎ 柒 判决“理由”得引用原判决	13
◎ 捌 原审笔录有记载，上诉理由未指摘遗漏，第三审 法院应不得“斟酌该漏未认定之事实而为判决”	16
◎ 玖 以未表明上诉理由而驳回上诉之裁定，不应兼论 其上诉为无理由	17
例一 2005 年台上字第十四号裁定	17
例二 2005 年台上字第六十五号裁定	18
例三 2005 年台上字第九十四号裁定	19
例四 2005 年台上字第九八七号裁定	19

◎ 拾	增设第四六九条之一，致几无上诉之可能	21
◎ 拾壹	大理院之判决如何制作	26
◎ 拾贰	大理院判决书举隅	28
一、	1916 年上字第七二七号	28
二、	1922 年上字第三〇六号	33
三、	1922 年上字第七二七号	34
四、	1925 年上字第五九八号	37
五、	1925 年上字第一九六九号	38
六、	1926 年上字第二二七号	41
七、	1926 年上字第六一〇号	44
◎ 拾叁	大理院判决之评价	67
一、	名副其实之法律审	67
(一)	1916 年上字第七二七号表明	67
(二)	1922 年上字第三〇六号表明	67
(三)	1922 年上字第七二七号表明	68
(四)	1925 年上字第五九八号表明	68
(五)	1925 年上字第一九六九号表明	68
(六)	1926 年上字第二二七号表明	69
(七)	1926 年上字第六一〇号表明	69
二、	明确表示法律见解，无推由原审研求之语式	69
◎ 拾肆	“最高法院”判决之现状	72
一、	法律问题，不明确表示己见	72
二、	法律见解不正确甚至错误	74
(一)	先认上诉不合法，继认上诉无理由	74
(二)	见解失当、错误	75
⊖	误用法律名词	75

② 不知财产权诉讼与非财产权诉讼之区别	77
③ 不知第二五五条第一项第二款之“基础事实 同一者”之意义	77
④ 非同一诉讼标的，认系同一诉讼标的	78
⑤ 误解“以一诉主张数项标的，其价额合并 计算之”	79
⑥ 不知民法第八二三条，非共有人诉请法院分割 共有物之依据条文	81
⑦ 台湾之祭祀公业，设有管理人者，得以管理人 名义起诉或被诉，于法无据	82
⑧ 不知“公用地役”之意义而误用	82
⑨ 认祭祀公业财产，系共同共有之公业土地	84
⑩ 认某某寺信徒，有撤销信徒大会决议之形成权	84
⑪ 认抛弃法定抵押权，系行使权利，违背诚信 原则	85
⑫ 无上诉而发回更审	85
⑬ 误认确认亲子（父与子女）关系存否之诉， “仍属民法第一〇六三条之否认之诉范围”	86
◎ 拾伍 第三审判决之改进	89
一、关于当事人者	89
（一）合伙商号，无当事人能力	89
（二）分公司不应有当事人能力	89
（三）台湾之祭祀公业，应有当事人能力	90
（四）第五十四条之诉之原告，非“参加”诉讼， 不应称为“参加”或“主参加”	90
（五）法人之董事及政府机关之代表人，不应称为 “代理人”	91

二、关于事实者	92
(一) 不必记载当事人主张或抗辩之事实	92
(二) 必载第二审判决所确定之事实	93
三、关于理由者	95
(一) 仅就上诉理由指摘者为论断	95
(二) 得引用第二审判决所记载之理由	95
◎ 拾陆 试作第三审判决	97
一、2005 年台上字第三〇〇号确认地上权存在	97
二、2005 年台上字第六〇三号给付补偿金	98
三、2005 年台上字第七四二号确认当选无效 (选举无效)	99
四、2005 年台上字第五九九号分割共有物	101
五、2005 年台上字第四〇七号确认法定抵押权存在 ..	102
六、2006 年台上字第一〇六八号 (裁定)	103
◎ 拾柒 表格式之判决	108
例一 2005 年台上字第三〇〇号	109
例二 2005 年台上字第七四二号	110
例三 2005 年台上字第六〇三号	112
例四 2005 年台上字第四〇七号	114
例五 2006 年台上字第一〇六八号	116
◎ 附一 判决书复制本之一	118
◎ 附二 判决书复制本之二	124
◎ 姚瑞光先生八秩寿辰贺辞	132

壹 目前第三审判决之模式

第三审民事判决书应如何制作（记载），第三审程序“章”内条文，未设规定，依现在实况，第三审判决书之模式为：

于“理由”栏首段叙上诉人或被上诉人（原告）起诉主张之事实，次段叙被上诉人或上诉人（被告）抗辩之事实。第三段载原审维持（或废弃）第一审判决，以……为其判断之基础。举数例如下：

（2005年台上字第二一三、二三七、二九六、三一六、四八三、四九二号，其中三件节录判决原文）

例一 2005年台上字第二一三号

上诉人 陈○○

被上诉人 苏○○

上列当事人间请求确认父子关系不存在事件。

主文

原判决废弃，发回台湾高等法院高雄分院。

理由

本件上诉人主张：两造之父母均为陈福、黄树兰（已于1981年、1994年死亡）。陈福系于1937年2月15日入赘与黄树兰结婚，伊系1937年5月16日出生，并非陈福之子。黄树兰招赘陈福之前，曾招赘陈象头，伊系陈象头与黄树兰所生。陈象头已死，伊为认祖归宗，提起本件确认伊与被上诉人之被继承人陈福间之亲子关

系不存在之诉。

被上诉人则以：苟上诉人与陈象头有父子关系，其不于陈象头生前认祖归宗，于陈象头死亡后，始提本件诉讼，动机令人怀疑，资为抗辩。

原审维持第一审所为上诉人败诉之判决，系以……血型相同或长相相似，尚难认彼此间有亲子关系……上诉人诉请确认其与被上诉人之被继承人陈福间之亲子关系不存在，即属无据，为其判断基础。

例二 2005年台上字第二九六号

上诉人 李金钱

被上诉人 宏昭○○公司

许吉义

上列当事人间请求交付房屋事件。

主文

原判决废弃，发回台湾高等法院。

理由

本件上诉人主张：伊于1996年10月○○日与被上诉人订合作建屋契约，由伊提供土地，由被上诉人出资建屋。现房屋已全部竣工，依协议伊应分得房屋二十七间，停车位十四个，被上诉人迄未交付，爰求为命被上诉人将各该房屋及停车位交付之判决。

被上诉人则以：依合约，上诉人应于交屋同时返还于订约时付与上诉人之保证金一千二百五十万元及补贴多分得坪数之差额，上诉人均置之不理，依民法第二六四条第一项拒绝交付，资为

抗辩。

原审维持第一审所为被上诉人于上诉人返还保证金一千二百五十万元之同时，将房屋及停车位交付予上诉人之判决，无非以……二者之间具有对价关系，第一审命被上诉人交付房屋及停车位，附加上诉人应退还保证金之条件，并无不合，为其判断之基础。

例三 2005 年台上字第四八三号

上诉人 合作金库银行

被上诉人 蔡○○ 蔡○○

上列当事人间请求清偿借款事件。

主文

原判决关于驳回上诉人之上诉及该诉讼费用部分废弃，发回台湾高等法院台中分院。

理由

本件上诉人主张：保证责任台中市第十一信用合作社债权已由伊概括承受，被上诉人二人互为连带保证人，分别向第十一信用合作社借得如原判决附表所示之借款，借款期限届至后，尚有如附表所示之本金、利息、违约金未清偿，爰依消费借贷及连带保证之法律关系，求命被上诉人连带给付○○○元。

被上诉人则以：伊就系争借款并未互为连带保证，且所借之款，均已清偿完毕，资为抗辩。

原审维持第一审所为上诉人败诉部分之判决，驳回其上诉，无非以……被上诉人既各尚有如附表所示之本金、利息、违约金

未依约清偿，自应各负清偿之责。至上诉人本于连带保证之法律关系，诉请被上诉人给付○○○元，不应准许，为其判断之基础。

前述模式合否法律规定

如上所述，第三审程序“章”内条文，虽未规定第三审判决书应如何记载，但非谓法律（民法）对此并无规定。何以言之？盖判决书应如何记载，第一编“总则”第二二六条已详设规定：应列载：

- 一、“主文”（结论）
- 二、“事实”（两造之“声明”及其“攻击”“防御”方法）
- 三、“理由”（就攻、防方法论断胜败之理由）

依一般法理，总则之规定，除各编（章）就该事项另有规定或性质相异者外，适用于其他各编（章）。故第三审判决书，依法当然应记载“主文”及“理由”。至于“事实”应否记载，则有疑义，依“司法院”印行之“民事诉讼文书格式及其制作方法”（1986年4月版）明示：

一、第三审法院为法律审，应以第二审判决确定之事实为判决基础，当事人在第三审法院，不得提出新攻击或防御方法，故第三审法院判决书得不记载事实。

二、第三审法院，如行言词辩论时，则宜记载当事人之声明及攻击防御方法，并将事实及理由二项，并为记载，即将“理由”栏改为“事实及理由”栏。

此项“最高司法机关”“为因应各级法院审判业务上之需要”（见该书例言）而编撰的出版品之明示，与明令第三审之判决格式同。本著认为并不完全合于法律之规定。其理由为：

依当时（1986年4月）之民事诉讼法第四七四条规定“第三审之判决不经言词辩论为之。但法院认为必要时，不在此限”。可知第三审判决，应否经“言词辩论”，全视法院（法官组成者）认为有无必要而定，与判决书应否记载事实无关。纵依修改后之现行法该条第一项全文规定“第三审之判决，应经言词辩论为之”。其修正理由系谓“当事人于所争执之权利义务受审判时，有在法庭上公开辩论之权利”，亦未言及经辩论之判决书应记载“事实”情事，足证上开院颁判决格式所云，并无法律之依据。



叁 不必记载“事实”

第三审为法律审，依原始立法理由载：“上告者，法律上之控告也。又上告乃专就法律上之问题，调查第二审审判衙门判决之当否，而不涉及事实上之问题”。又依第四七六条第一项规定“第三审法院，应以原判决确定之事实为判决基础”之意旨，及第四七〇条第二项第一款“上诉状内，应记载原判决所违背之法令及其具体内容”观之，两造所主张或抗辩之“事实”如何，非第三审法院所应审判之对象，自无记载于第三审判决书之必要。试举二例如下：

一、未成年人骑车撞伤路人，路人诉请损害赔偿事件，经第一、二审法院判决，未成年人应赔偿路人二百五十万元。未成年人提起第三审上诉，上诉理由指摘，上诉人与父母籍设福建省金门县，在台北市经商之叔父〇〇〇受父母之委托监护在台北市求学之上诉人，第一审及二审法院均以叔父〇〇〇为上诉人之法定代理人，其判决显有民事诉讼法第四六九条第四款“当事人于诉讼未经合法代理”之违法。第三审法院调查上诉人之叔父〇〇〇，确非合法之法定代理人，即得废弃原判决，判认上诉有理由，其判决书无须记载上诉人（被告）如何骑车撞伤原告（路人）之事实。

二、妻以时受夫打骂（不堪同居之虐待）为由，提起离婚之诉，第二审法院不公开辩论，维持第一审判准离婚之判决。夫提起第三审上诉，上诉理由指摘第二审判决有“违背言词辩论公开之规定

者”（第四六九条第五款），经第三审调查属实，即得判认上诉有理由，废弃原判决。其判决书无须记载夫如何虐待妻之“事实”。

据上论列，上开院颁格式明示“第三审法院判决书，得不记载事实……如行言词辩论时，则宜记载……并将事实及理由二项并为记载，即将‘理由’栏改为‘事实及理由’栏”。其意为：不经言词辩论之第三审判决书，亦“得”记载“事实”，如经言词辩论者，则应将“事实”并入“理由”栏内，改为“事实及理由”。系于法无据，完全外行之解说。