臺灣高等法院高雄分院民事判決

114年度重上更一字第9號

上　訴　人　葉時榮

000000000000000000

訴訟代理人　王仁聰律師

　　阮紹銨律師

被上訴人　　葉馨徽

000000000000000000

　　葉耀鴻

共　　同

訴訟代理人　裘佩恩律師

　　楊志凱律師

　　蔡尚琪律師

　　謝承霖律師

受告知人　　葉士鳴

上列當事人間請求返還代墊款事件，上訴人對於中華民國112年4月7日臺灣高雄地方法院111年度重訴字第149號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於115年6月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回後開第二、三項之訴，及該部分假執行之聲請暨訴訟費用之裁判均廢棄。

二、被上訴人應於繼承被繼承人葉清祿之遺產範圍內連帶給付上訴人新臺幣199萬5331元，及自民國111年12月29日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

三、被上訴人應於繼承被繼承人萬美雪之遺產範圍內連帶給付上訴人新臺幣659萬2258元，及自民國111年12月29日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

四、其餘上訴駁回。

五、第一、二審及發回前第三審訴訟費用由被上訴人於繼承被繼承人葉清祿、萬美雪之遺產範圍內連帶負擔十分之九，餘由

上訴人負擔。

六、本判決第二項所命給付，於上訴人以新臺幣67萬元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣199萬5331元預供擔保，得免為假執行。

七、本判決第三項所命給付部分，於上訴人以新臺幣220萬元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣659萬2258元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：訴外人葉清祿、萬美雪（下稱葉清祿等2人）分為上訴人之生父、母，上訴人於民國86年間出養予訴外人即姑姑葉瑩玉。葉清祿、萬美雪後分於105年12月31日、106年1月31日死亡，其等繼承人即被上訴人及訴外人Ａ０１，均未拋棄繼承。上訴人於葉清祿生前曾為其墊付訴訟及律師委任費用新臺幣（下同）79萬6800元、高雄市○鎮區○○路000○000號房屋之房屋稅7萬8331元、地價稅21萬2634元、就醫之診察費、掛號費及藥費等費用共24萬4334元，總計133萬2099元（下稱葉清祿費用）；另於萬美雪生前曾為其墊付行動電話費用4萬5471元、勞工保險費17萬8121元、健康保險費11萬6553元、臺北市○○區○○街0○0號4樓房屋（下稱德惠街房屋）電梯費用7萬6214元、房屋稅3萬3555元、地價稅8萬7852元、就醫之診察費、材料費、掛號費、藥費、診斷證明書暨外勞費用74萬3680元、房貸本息498萬4853元及火災保險費2萬5959元，合計為629萬2258元（下稱萬美雪費用，上訴人為葉清祿等2人支出之費用合稱系爭費用）。萬美雪允願將德惠街房屋暨土地（下稱德惠街房地）所有權無償移轉登記予上訴人，以清償上訴人所墊付費用（下稱系爭代墊契約）。惟被上訴人Ａ０４後以繼承分割取得德惠街房地所有權為由，訴請上訴人遷讓德惠街房屋，經系爭前案（見下述）判決上訴人敗訴確定，上訴人支付費用欲取得德惠街房地所有權之目的不達，縱認上訴人與葉清祿等2人間並無代墊契約存在，葉清祿等2人無法律上原因，受

有系爭費用之利益，上訴人自得依代墊契約、不當得利、繼承等法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內，返還葉清祿等2人所受系爭費用。另上訴人支出葉清祿塔位40萬元及禮儀服務契約金額48萬4310元，共計88萬4310元（下稱葉清祿喪葬費用）、萬美雪塔位40萬元（下稱萬美雪喪葬費用，合稱系爭喪葬費用），被上訴人無法律上之原因受有利益，上訴人復得依不當得利法律關係，請求被上訴人返還喪葬費用。爰依代墊契約、不當得利及繼承法律關係，求為判命被上訴人於繼承葉清祿之遺產範圍內連帶給付221萬6409元（計算式：葉清祿費用133萬2099元＋葉清祿喪葬費用88萬4310元＝221萬6409元）；於繼承萬美雪之遺產範圍內連帶給付669萬2258元（計算式：萬美雪費用629萬2258元＋萬美雪喪葬費用40萬元＝669萬2258元），及均加計自民事變更訴之聲明暨準備書㈢狀繕本送達翌日起算法定遲延利息；並陳明願供擔保，請准宣告假執行之判決。

二、被上訴人則以：上訴人確有支付系爭費用，然否認有上訴人所指代墊契約，亦無不當得利之情事；另上訴人自願負擔喪葬費用，上訴人給付系爭費用及喪葬費用之可能原因眾多，上訴人迄未就代墊契約存在及不當得利要件，舉證以實其說。縱認被上訴人應返還喪葬費用，然上訴人已收取葉清祿等2人喪禮之奠儀至少60萬元，被上訴人得為抵銷抗辯等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人全部敗訴之判決，並駁回假執行之聲請。上訴人不服，上訴請求將原判決廢棄，改判如上揭聲明；被上訴人則請求駁回上訴，並陳明如受不利之判決，願供擔保，聲請免為假執行。

四、本件不爭執之事項：

㈠上訴人生父為葉清祿，生母則為萬美雪。

㈡上訴人於86年間經葉瑩玉收養。

㈢葉清祿於105年12月31日死亡，繼承人為萬美雪、被上訴人及Ａ０１，均未拋棄繼承。

㈣萬美雪於106年1月31日死亡，繼承人為被上訴人及Ａ０１，均未拋棄繼承。

㈤Ａ０４以繼承取得萬美雪所遺德惠街房屋之所有權，上訴人無權占有德惠街房屋，受有相當於租金之利益為由，依民法第767條第1項前段、第184條第1項前段及第179條規定，訴請上訴人騰空遷讓返還德惠街房屋及給付相當於租金之不當得利或損害賠償，案經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）108年度重訴字第264號判決Ａ０４敗訴；Ａ０４提起上訴，經臺灣高等法院109年度重上字第316號判決認上訴人不能證明德惠街房屋乃萬美雪所贈與，上訴人無權占用德惠街房屋，廢棄臺北地院上該判決，改判上訴人應騰空遷讓返還德惠街房屋，及給付相當於租金之不當得利予Ａ０４；上訴人不服提起上訴，經最高法院110年度台上字第760號裁定駁回上訴人上訴而告確定（即系爭前案）。

㈥上訴人於葉清祿生前曾為其墊付訴訟及律師委任費用79萬6800元、高雄市○鎮區○○路000○000號房屋之房屋稅7萬8331元、地價稅21萬2634元、就醫之診察費、掛號費及藥費等費用共24萬4334元。

㈦上訴人於萬美雪生前曾為其墊付行動電話費用4萬5471元、勞工保險費17萬8121元、健康保險費11萬6553元、德惠街房屋電梯費用7萬6214元、房屋稅3萬3555元、地價稅8萬7852元、就醫之診察費、材料費、掛號費、藥費、診斷證明書暨外勞費用74萬3680元、房貸本息498萬4853元及火災保險費2萬5959元。

㈧上訴人繳納葉清祿、萬美雪之塔位費用各40萬元及葉清祿之禮儀服務契約金額48萬4310元。

五、兩造對於葉清祿等2人為上訴人之生父、母，上訴人於86年間出養予葉瑩玉，葉清祿、萬美雪分於105年12月31日、106年1月31日死亡，被上訴人及訴外人Ａ０１為葉清祿等2人之繼承人，上訴人為葉清祿等2人墊付系爭費用及支付喪葬費用；系爭前案判決上訴人無權占用德惠街房屋，應騰空遷讓

返還及給付相當於租金之不當得利予Ａ０４等情，均不爭執，並有兩造戶籍謄本、原法院86年度養聲字第549號裁定暨確定證明書、葉清祿等2人除戶謄本、葉清祿等2人繼承系統表、上訴人繳費相關憑據、元亨寺感謝憑證及前案判決可參【見臺灣高雄少年及家事法院（下稱少家法院）110年度繼家訴字第33號卷一第23至55頁、第57至695頁，原審卷第63至86頁、第137頁】，堪信真實。上訴人主張萬美雪曾應允將德惠街房地所有權無償移轉登記予上訴人，以清償上訴人所墊付費用而存有代墊契約，因前案判決上訴人敗訴確定，上訴人支付系爭費用欲取得德惠街房地所有權之目的不達，縱認無代墊契約，因葉清祿等2人無法律上原因，受有上訴人代墊費用之利益，構成不當得利；此外，被上訴人就上訴人所支付喪葬費用，亦屬不當得利等節（見本院卷第97頁、第125至135頁），均為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。本件就上訴人請求被上訴人返還系爭費用，是否有據，首應須審究上訴人與葉清祿等2人間有無系爭代墊契約存在？攸關上訴人以代墊契約目的不達，構成不當得利，或無代墊契約，葉清祿等2人因無法律上原因，受有代墊費用利益，亦有不當得利，依不當得利、繼承等法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內連帶返還系爭費用，有無理由？復以，上訴人依不當得利法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內連帶返還系爭喪葬費用，應否准許？茲逐一判斷如下：

㈠上訴人與葉清祿等2人間有無代墊契約存在？上訴人以代墊契約目的不達，構成不當得利，或無代墊契約，葉清祿等2人因無法律上原因，受有代墊費用之利益，亦有不當得利，依不當得利、繼承等法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內連帶返還系爭費用，有無理由？

1.按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第179條定有明文。又不當得利依其類型可區分為「給付型之

不當得利」與「非給付型不當得利」，前者係基於受損人之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以外之行為（受損人、受益人、第三人之行為）或法律規定或事件所成立之不當得利。在「給付型之不當得利」應由主張不當得利返還請求權人（受損人），就不當得利成立要件中之「無法律上之原因」負舉證責任（最高法院100年度台上字第899號判決意旨參照）。是該主張不當得利返還請求權人，應就不當得利之成立要件負舉證責任，亦即必須證明其與他方間有給付之關係存在，及他方因其給付而受利益致其受損害，並就他方之受益為無法律上之原因，舉證證明該給付欠缺給付之目的，始能獲得勝訴判決（最高法院102年度台上字第420號判決意旨參照）。再按所謂無法律上原因，於給付型之不當得利中，包括自始無給付目的、給付目的嗣後不存在及給付目的不達等類型。是為實現將來某種目的而為給付，於其給付所欲達成之結果不發生時，應成立給付目的不達之不當得利（最高法院109年度台上字第3158號判決意旨參照）。

2.又按主張法律關係存在之當事人，固應就該法律關係發生所須具備之要件事實，負舉證責任。惟此要件事實之具備，苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則已足推認其因果關係存在者，即無不可，非必以直接證明要件事實為必要。故法院審酌是否已盡證明之責時，應通觀各要件事實及間接事實而綜合判斷之，不得將各事實予以割裂觀察。次按民事訴訟係在解決私權糾紛，就證據之證明力係採相當與可能性為判斷標準，亦即負舉證責任之人，就其利己事實之主張，已為相當之證明，具有可能性之優勢，即非不可採信（最高法院112年度台上字第2796號判決意旨參照）。

3.上訴人為葉清祿等2人支付系爭費用之情，已為被上訴人不爭執，而上訴人支付費用緣由，經葉清祿等2人生前訴訟案件所委任律師兼友人陳明正於原審證述：葉清祿、萬美雪因在台北有一件訴訟案件，經我高雄律師同學介紹委任我為訴

訟代理人，之後他們所有訴訟案件包括高雄案件都找我，我們也變成好朋友，葉清祿、萬美雪只要有去臺北，幾乎都會來找我，上訴人都會跟他一起，我們有一起吃過飯，因為前後很多官司，受理很多件，我不記得到底多少案件，大概一兩個月就會見一次面，期間應該至少有三、五年跑不掉，葉清祿從委任開始到他過世前，我們一直都有聯繫，我們常常都會見面，少家法院110年度繼家訴字第33號卷所附單據都是訴訟費用是上訴人匯款支付…（是否知道為何這些金額都是上訴人匯款支付，而不是葉清祿或萬美雪？）這個我有問過他，因為後來我知道上訴人是葉瑩玉的養子，我問葉清祿跟萬美雪，為何其他人都沒有付這個錢，他說因為老大（按即Ａ０４）在日本，也都沒有回來，Ａ０３跟Ａ０１他們好像都要皈依佛門，Ａ０３也都沒有在工作，所以他請上訴人先處理，但是因為有一個房子要給上訴人，在台北市德惠街，就請上訴人先付這個錢，反正以後房子給他…我跟葉清祿、萬美雪接觸這麼久後，我發現葉清祿、萬美雪所有的費用都是上訴人在支付的，因為一方面上訴人比較有能力，另一方面葉清祿、萬美雪一直稱讚上訴人，說上訴人當初書雖然沒有念的哥哥好，但是上訴人事業很成功，反正上訴人付這些錢，最終拿到一個房子，也可以彌補上訴人，從我們認識後聊的內容，都會提到，只要我在的場合，不管吃飯或律師費，全部的錢都是上訴人支付，我甚至連被上訴人都沒有看過，只有在葉清祿、萬美雪告別式，我有下來才第一次看到Ａ０４，Ａ０３和Ａ０１我記得好像有一次來高雄有看過一次還二次等語綦詳（見原審卷第295至301頁）；另證人Ａ０１則陳證：我和Ａ０４、Ａ０３平時沒有往來，除了過年會去吃飯，就會碰面，其他場合幾乎沒有碰面，因為Ａ０４在日本，Ａ０３在家裡，我住在外面，我看到的都是上訴人照顧父母晚年，據我所知Ａ０３是沒有任何收入來源等語明確（見原審卷第301至309頁）。

4.本院勾稽陳明正、Ａ０１上開證述內容，可以認定被上訴人

及Ａ０１並無負擔葉清祿等2人之相關費用，係由已出養之上訴人負擔並為主要照顧者；再陳明正與葉清祿等2人具有相當情誼及信賴基礎，復本於律師專業敏感度，於知悉上訴人既已出養，猶仍負擔葉清祿等2人相關費用乙事，向葉清祿等2人提出疑問，獲渠等告知係由上訴人先支付費用，日後再將德惠街房屋給上訴人，用以彌補上訴人，葉清祿等2人並屢向陳明正提及該情，而依我國民法第1077條、第1083條規定，收養關係成立後，養子女與養父母間發生直系血親關係，因此其相互間互負扶養之義務，並互有繼承權之存在，至養子女與其本生父母及其親屬間之天然血親關係雖仍繼續存在，惟彼等間之權利義務關係處於停止狀態，故養子女雖對其本生父母無遺產繼承權，然同時對本生父母亦無扶養義務。葉清祿等2人明悉上訴人既已出養，本無支付相關費用之義務，亦無法繼承彼等遺產，且依卷附葉清祿等2人之遺產稅繳清證明書及遺產分割協議書所載（見本院卷第173至181頁），葉清祿等2人之遺產除德惠街房地外，尚有高雄市建國四路、廣西路房地共3棟、7筆土地、投資及國有土地承租權等，葉清祿等2人卻向陳明正具體告知將以「德惠街房地」作為上訴人支付費用之補償；另以陳明正所證述其與葉清祿等2人約隔1、2個月即見面及聯繫，該密切頻率迄至葉清祿105年12月31日死亡方告終，期間長達約3至5年，並由上訴人陪同葉清祿等2人與陳明正見面餐敘，葉清祿等2人每次與陳明正見面聊天均會提及由上訴人支付費用，日後再由上訴人取得德惠街房地乙事，顯然葉清祿等2人及上訴人間，彼此間知悉上訴人支付葉清祿等2人相關費用之目的，非為盡孝養報答目的所為道德上之給付，乃係約定由上訴人先為葉清祿等2人繳納費用，再以德惠街房地作為代墊款項清償方式，其等間存在系爭代墊契約。

5.繼此，上訴人給付費用之目的係為取得德惠街房地而先行代墊，惟Ａ０４後以繼承取得萬美雪所遺德惠街房屋之所有權，上訴人無權占有德惠街房屋，受有相當於租金之利益為

由，依民法第767條第1項前段、第184條第1項前段及第179條規定，訴請上訴人騰空遷讓返還德惠街房屋及給付相當於租金之不當得利或損害賠償，經前案判決上訴人無權占用德惠街房屋，應騰空遷讓返還及給付相當於租金之不當得利予Ａ０４等情，上訴人為實現系爭代墊契約之目的而給付系爭費用，系爭前案判決致上訴人因給付所欲達成之結果不發生時，應成立給付目的不達之不當得利，該履行給付之人自得本於給付目的不當得利請求權請求返還給付，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內連帶返還系爭費用，核屬有據。

㈡上訴人依不當得利法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿等2人之遺產範圍內連帶返還系爭喪葬費用，應否准許？

1.按遺產管理之費用，由遺產中支付，為民法第1150條所明定。按關於遺產管理、分割及執行遺囑之費用，由遺產中支付之，為民法第1150條所明定。所謂遺產管理之費用，具有共益之性質，凡為遺產保存上所必要不可欠缺之一切費用，如事實上之保管費用、繳納稅捐等均屬之，至於被繼承人之喪葬費用，乃為埋葬該死亡者所支出，且依一般倫理價值觀念認屬必要者，乃完畢被繼承人之後事所不可缺，性質上亦應認係繼承費用（最高法院108年度台上字第1862號、109年度台上字第89號等判決意旨參照）；復參酌遺產及贈與稅法第17條第1項第9款亦規定被繼承人之喪葬費用由繼承財產中扣除，自應由遺產負擔之。又因遺產而生之捐稅及費用，應由繼承人按其應繼分負擔之，此為繼承人間之內部關係，從而繼承人之一代他繼承墊支上開捐稅及費用者，該墊支人得依不當得利規定向他繼承人請求返還其應負擔部分（最高法院74年度台上字第1367號判決意旨參照）。

2.上訴人於86年間出養予葉瑩玉已非葉清祿、萬美雪之法定繼承人，然上訴人在葉清祿、萬美雪分於105年12月31日、106年1月31日死亡後，支付葉清祿、萬美雪之塔位費用各40萬元及葉清祿之禮儀服務契約金額48萬4310元等情，為被上訴

人所不爭執，揆諸前開說明，該喪葬費用核屬繼承債務，應由葉清祿等2人之遺產支付。被上訴人抗辯上訴人係自願負擔喪葬費用，且給付喪葬費用之可能原因眾多，上訴人未就不當得利要件，舉證以實其說云云。雖上訴人於本院前審陳明：上訴人已出養，雖為葉清祿、萬美雪親生子，但非法定繼承人，係因其他繼承人即被上訴人、Ａ０１均不願或無能力支付葉清祿、萬美雪喪葬費用，故上訴人才會先行支付喪葬費用（見本院前審卷第217頁），證人Ａ０１亦證述：辦理父母喪禮時是由胞兄、胞姊（指兩造）處理，使用白包或者是自己的金錢，大家看多少出多少，各自去忙，我當時有向上訴人說明因無工作，能負擔之金額不多，會付幾萬元予上訴人，上訴人表示看有多少出多少，其餘上訴人會想辦法（見原審卷第306頁），被上訴人復自承葉清祿等2人死亡後，其等均未就葉清祿等2人喪葬事宜與上訴人有聯繫，亦無經手喪葬費用（見本院卷第208頁），可見葉清祿等2人死亡時，身為繼承人即被上訴人、Ａ０１因無能力支付或無意負擔葉清祿等2人之喪葬費用，方由原無給付義務之上訴人出面先行支付，實為迫於現實不得不然之考量；遑揆諸前揭實務見解，喪葬費用依法本應由遺產支付，倘上訴人仍為葉清祿等2人之繼承人，上訴人於先行支付喪葬費用後，得主張由遺產中支付，並於分割遺產時列入計算，或得依不當得利規定逕向被上訴人請求返還其應負擔部分，本件卻因上訴人非葉清祿等2人之繼承人先行支付喪葬費用，反須舉證證明其給付係無法律上原因，方得依不當得利請求，顯存謬誤，被上訴人此部分抗辯，當無可取。

3.被上訴人抗辯上訴人已收取葉清祿等2人奠儀至少60萬元，應得為抵銷云云。惟按「奠儀禮金」為台灣民間傳統習俗，即死者或死者遺族之親朋好友，為表達對死者敬意或慰藉遺族情感上之哀傷，致贈不特定之金額，具有送往迎來之交誼特性，性質上屬贈與行為，於繼承開始時並不存在，係被繼承人死亡後始贈與之物品或金錢，非屬遺產，則無論上訴人

有無收取奠儀、收取數額若干，均無須支應葉清祿等2人之喪葬費，進有抵充餘地，是被上訴人此部分抗辯，亦無足採。

4.兩造對於上訴人前開請求如有理由，上訴人願負擔葉清祿、萬美雪之喪葬費用各為1/4即葉清祿塔位及禮儀服務契約金額為22萬1078元（計算式：88萬4310元÷4＝22萬1078元，元以下四捨五入），另萬美雪為10萬元（計算式：40萬元÷4＝10萬元），亦不爭執（見本院卷第207頁）。從而，上訴人依據不當得利法律關係請求被上訴人於繼承被繼承人葉清祿、萬美雪之遺產範圍內依序就喪葬費用66萬3232元、30萬元負連帶給付責任，核屬有據，逾此部分之金額，不應准許。

六、綜上所述，上訴人依代墊契約、不當得利及繼承法律關係，請求被上訴人於繼承葉清祿之遺產範圍內連帶給付199萬5331元（計算式：葉清祿費用133萬2099元＋葉清祿喪葬費用66萬3232元＝199萬5331元）；於繼承萬美雪之遺產範圍內連帶給付659萬2258元（計算式：萬美雪費用629萬2258元＋萬美雪喪葬費用30萬元＝659萬2258元），及均加計自民事變更訴之聲明暨準備書㈢狀繕本送達翌日（即111年12月29日，見本院卷第118頁）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，應予准許，逾此範圍之請求，不應准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回假執行之聲請，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院改判如主文第二、三項所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。又上訴人勝訴部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不

逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　10　　日

民事第三庭

審判長法　官　張維君

法　官　蔣志宗

法　官　秦慧君

以上正本證明與原本無異。

上訴人不得上訴。

被上訴人如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　10　　日

書記官　賴梅琴

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。