臺灣高雄地方法院民事判決

111年度再易字第9號

再 審原 告　劉登上

訴訟代理人　黃順利

再 審被 告　康曜生活多媒體百貨企業有限公司

000000000000000000

法定代理人　鄭登鴻

訴訟代理人　謝勝合律師

　　岳忠樺律師

上列當事人間請求遷讓房屋等事件，再審原告對於中華民國111年5月31日本院110年度簡上字第6號確定判決提起再審之訴，本院於111年9月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

再審之訴駁回。

再審訴訟費用由再審原告負擔。

事實及理由

一、按再審之訴，應於30日之不變期間內提起。前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算。民事訴訟法第500條第1項、第2項前段定有明文。查本件再審原告於民國111年6月7日收受本院110年度簡上字第6號確定判決之事實，經本院調閱前程序第二審卷宗查明屬實，再審原告於111年6月27日提起本件再審之訴，尚未逾30日之不變期間。

二、再審原告主張：本院110年度簡上字第6號確定判決（下稱原確定判決）雖判決伊應將坐落高雄市○○區○○○段0000○0地號土地上如原確定判決附件編號B5所示攤位（位於中正市場1樓，下稱系爭攤位）遷讓交還再審被告，並應自108年3月27日起至遷讓交還系爭攤位之日止，按月給付新台幣（下同）3,000元，惟原確定判決之受命法官曾擔任本院高雄簡易庭108年度雄簡字第2297號再審被告訴請第三人江通益、江啟明遷讓房屋等事件（下稱另案）之承審法官，並判

決再審被告勝訴，該攤位與系爭攤位同位於中正市場1樓，乃其竟未自行迴避，而仍擔任本件訴訟之第二審受命法官，足疑其審判不公平，無法維持當事人審級利益，應認其執行職務有偏頗之虞，而有民事訴訟法第496條第1項第4款所定之再審事由。其次，依高雄市政府經濟發展局109年8月17日高市經發市字第10934965600號函及所附中正市場之申請設立相關資料、中正市場之竣工圖，中正市場2樓即4907建號建物係在中正市場1樓即21204建號建物興建完成後再行增建，21204建號建物為一獨立建物，並未因附合而成為4907建號建物之一部，亦未一併由再審被告取得21204建號建物（含系爭攤位）之所有權，據此顯有當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物，如經斟酌可受較有利益之裁判之情形，即有民事訴訟法第496條第1項第13款所定之再審事由。再者，前揭建物之現況已經拍賣機關行政執行署於拍賣公告上載明：中正市場之攤位係由原地主陳鬧化所建造，陳鬧化將攤位使用權賣給攤販，但未將所有權一併移轉給攤販，由於攤販是在查封前即占有使用且非無權占有，本案拍定後不點交等語，可見再審被告早已知悉21204建號建物為未辦保存登記建物，並經陳鬧化將之規劃為攤位，出售其使用權予各攤販，應認陳鬧化與攤販間就攤位之約定使用關係具有相當公示性，而有債權物權化法理之適用，乃原確定判決竟疏未注意及此，致未斟酌對伊有利之處。為此提起本件再審之訴，並聲明：㈠原確定判決廢棄。㈡前程序再審被告第二審上訴及追加之訴均駁回。

三、再審被告則以：就原確定判決之受命法官應否迴避部分，已經本院裁定，且本件亦無再審原告所指發現新證物及事實之情形，再審原告主張原確定判決有民事訴訟法第496條第1項第4款、第13款所定之再審事由，並據以提起本件再審之訴，非有理由等語，資為抗辯，並聲明：再審之訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠、原確定判決有無民事訴訟法第496條第1項第4款所定之再審

事由？

1.按民事訴訟法第496條第1項第4款所定「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者」，所謂依法律應迴避之法官，係指依同法第32條應自行迴避之法官而言；所謂依裁判應迴避之法官，則係指法院或兼院長之法官依聲請以裁定命其迴避之法官而言。基此，參與裁判之法官倘無民事訴訟法第32條所定應自行迴避之事由，亦未經法院或兼院長之法官依聲請以裁定命其迴避，即難認其參與裁判有上開再審事由存在。

2.本件再審原告雖以原確定判決之受命法官曾擔任另案承審法官，並判決再審被告勝訴，主張該受命法官應依民事訴訟法第32條第7款規定自行迴避，而不得於本件訴訟執行職務云云，並提出另案判決為據。惟查，民事訴訟法第32條第7款所謂法官曾參與該訴訟事件之前審裁判，係指法官曾參與該訴訟事件在下級法院之原裁判，或同級法院更審前最後一次之裁判而言（最高法院70年度台抗字第219號裁判意旨參照），僅曾參與相似爭執事件在下級法院之另案裁判，並不包括在內。本件依再審原告所述及經本院調取原確定判決事件卷宗，可見原確定判決之受命法官僅曾參與相似爭執事件在下級法院之另案裁判，並未參與本訴訟事件一審之裁判，揆諸前揭說明，其當無依上開規定自行迴避之必要。且原確定判決之受命法官於本訴訟事件並未經法院或兼院長之法官依聲請而以裁定命其迴避，業經調卷查明無訛，則其參與本訴訟事件之裁判，亦難認為違法。是再審原告徒以前詞，而謂原確定判決有民事訴訟法第496條第1項第4款所定之再審事由云云，要無可採。

3.至再審原告另謂原確定判決之受命法官擔任本件訴訟之第二審受命法官，足疑其審判不公平，無法維持當事人審級利益，應認其執行職務有偏頗之虞，而應准予提起再審之訴云云，惟原確定判決之受命法官非依法律或裁判應予迴避，已如前述，實難僅以再審原告主觀臆測，即遽認該受命法官執行職務有偏頗之虞。況法官有無偏頗之虞，與其是否依法律

或裁判應予迴避，仍屬二事，前者既非法定再審事由，亦難認再審原告得據此提起再審之訴。是再審原告此部分之主張，亦無可採。

4.從而，原確定判決並無再審原告所指民事訴訟法第496條第1項第4款所定之再審事由，堪予認定。

㈡、原確定判決有無民事訴訟法第496條第1項第13款所定之再審事由？

1.按民事訴訟法第496條第1項第13款所謂當事人發現未經斟酌之證物，係指前訴訟程序事實審言詞辯論終結前已存在之證物，因當事人不知有此，致未經斟酌，現始知之者而言。至該款所定得使用未經斟酌之證物，必須當事人在客觀上確不知該證物存在致未斟酌現始知之，或依當時情形有不能檢出該證物者始足當之，倘按其情狀依一般社會之通念，尚非不知該證物或不能檢出或命第三人提出者，均無該條款規定之適用（最高法院110年度台上字第2215號裁判意旨參照）。

2.查本件再審原告固主張依高雄市政府經濟發展局109年8月17日高市經發市字第10934965600號函及所附中正市場之申請設立相關資料、中正市場之竣工圖，中正市場2樓即4907建號建物係在中正市場1樓即21204建號建物興建完成後再行增建，21204建號建物為一獨立建物，並未因附合而成為4907建號建物之一部，亦未一併由再審被告取得21204建號建物（含系爭攤位）之所有權，據此顯有當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物，如經斟酌可受較有利益之裁判之情形云云，然前揭證據資料於前訴訟程序言詞辯論終結前即已存在，並提出於法院（見一審108年度雄簡字第1739號卷一第369至423頁，卷三第73至97頁），難認有民事訴訟法第496條第1項第13款規定之適用。是再審原告執前詞主張原確定判決有上開再審事由云云，自無可採。

3.從而，原確定判決並無再審原告所指民事訴訟法第496條第1項第13款所定之再審事由，亦堪認定。

㈢、再審原告又謂：4907、21204建號建物（含系爭攤位）之現

況已經行政執行署於拍賣公告上載明攤位係由原地主陳鬧化所建造，陳鬧化將攤位使用權賣給攤販，但未將所有權一併移轉給攤販，由於攤販是在查封前即占有使用且非無權占有，本案拍定後不點交等情，可見再審被告早已知悉21204建號建物為未辦保存登記建物，並經陳鬧化將之規劃為攤位，出售其使用權予各攤販，應認陳鬧化與攤販間就攤位之約定使用關係具有相當公示性，而有債權物權化法理之適用，乃原確定判決竟疏未注意及此，致未斟酌對伊有利之處云云。惟拍賣公告所載並無確定實體上法律關係之效力，法院就拍賣標的物之占有使用權利義務關係，自得實質調查認定。觀諸原確定判決理由六、㈢、2.載明：「被上訴人（按即再審原告，下同）既經本院闡明後明示不能提出系爭攤位之讓渡書（簡上字卷第440頁），參酌中正市場其他攤商曾與「中正市場代表人張全發」簽立讓渡書，其上並記載：「乙方（買受人）向甲方（賣渡人）買受該攤位以後，甲方不得再向乙方請求土地價款及租金，永久由乙方使用權」等語，究其契約內容，僅係買受人對於賣渡人取得攤位之永久使用權而已，此有中正市場編號A1、A7、B10、B3、B4、C5攤位之讓渡書（本院108年度雄簡字第1928號㈢卷第419至439頁）在卷足憑，顯見中正市場之攤商與「中正市場代表人張全發」間之契約性質僅係用益契約，而非買賣契約甚明。再4907建號建物（含21204建號建物、系爭攤位）並非「中正市場代表人張全發」所有乙節，已如前述，則被上訴人縱依該等讓渡書對於「中正市場代表人張全發」具有債權，依債之相對性原則，亦不得對於4907建號建物現在之所有人即上訴人（按即再審被告）主張有權占有，且「中正市場代表人張全發」既非4907建號建物之所有權人，無從「將其所有權讓與第三人」，不論是否將該用益契約定性為有償，均無民法第425條規定適用之餘地。」，足見原確定判決係審酌卷內相關證據資料後，據以認定再審原告與陳鬧化或中正市場代表人張全發間並無買賣契約關係存在，再審原告僅取得

系爭攤位之永久使用權，且4907建號建物（含21204建號建物、系爭攤位）並非中正市場代表人張全發所有，中正市場代表人張全發無從將所有權讓與第三人，進而認定本件無民法第425條規定（即債權物權化法理之明文）之適用，堪認已就本件有無「債權物權化法理」之適用予以斟酌，並詳述不予適用之理由，自無再審原告所指稱未予斟酌之情事甚明。況再審原告所指上情，核與其所主張民事訴訟法第496條第1項第4款、第13款所定之再審事由無關，則再審原告據此提起再審之訴，亦難認有據，併予敘明。

五、綜上所述，原確定判決並無再審原告所指民事訴訟法第496條第1項第4款及第13款所定之再審事由，再審原告依上開規定，提起本件再審之訴，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件再審之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　17　　日

民事第二庭　　審判長法　官　陳宛榆

法　官　施盈志

法　官　林婕妤

以上正本係照原本作成。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　17　　日

書記官　黃雅慧