

臺灣高等法院臺中分院民事判決

115年度上易字第32號

上訴人 張欽銘

輔佐人 張詠竣

張芝瑄

訴訟代理人 李震華律師

被上訴人 廖泰樟

廖少宏

廖昱茹

上三人

訴訟代理人 廖希文律師

上列當事人間請求拆屋還地等事件，上訴人對於中華民國114年10月2日臺灣苗栗地方法院114年度訴字第147號第一審判決提起上訴，聲請就假執行部分，先為辯論及裁判，本院於115年6月17日言詞辯論終結，判決如下：

主文

上訴人關於假執行部分之上訴駁回。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按第二審法院應依聲請，就關於假執行之上訴，先為辯論及裁判，民事訴訟法第455條定有明文。查本件原判決主文第1項命上訴人應將苗栗縣○○鎮○○段○○○○00000地號土地（下稱系爭土地）上，如原判決附圖所示A區塊鐵皮貨櫃屋含雨遮（占用面積15.86平方公尺，下稱系爭貨櫃屋）拆除，騰空返還該部分土地予被上訴人及全體共有人，及原判決主文第5項依被上訴人聲請就該部分為假執行之宣告，依職權宣告上訴人預供擔保得免為假執行。上訴人對原判決提起上訴，聲請就關於假執行之上訴，先為辯論及裁判，核符民事訴訟法第455條規定，應予准許。

二、次按第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原審。但以因維持審級制度認為必

01 要時為限。民事訴訟法第451條第1項定有明文。第一審之訴
02 訟程序有重大之瑕疵者，因維持審級制度認為必要時，民事
03 訴訟法第451條第1項規定，原則上固賦與第二審法院是否廢
04 棄原判決，將該事件發回原審自由裁量之職權。所謂第一審
05 之訴訟程序有重大之瑕疵，係指第一審違背訴訟程序之規
06 定，其違背與判決內容有因果關係，或因訴訟程序違背規
07 定，不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言（最高法院11
08 2年度台上字第2343號判決要旨參照）。又所謂因維持審級
09 制度之必要，係指當事人因在第一審之審級利益被剝奪，致
10 受不利之判決，須發回原法院以回復其審級利益而言（最高
11 法院113年度台上字第106號判決意旨參照）。是許第二審法
12 院為發回之判決者，乃以第一審之訴訟程序，既有重大瑕
13 疵，幾與未踐行第一審程序無異，如逕由第二審法院自行判
14 決，不啻於剝奪當事人關於審級之利益，徒使審級制度形同
15 虛設，始足當之。經查：

- 16 (一)上訴人主張：原審法官於民國114年9月23日開庭調查證據後
17 即突襲裁判辯論終結，且就上訴人庭呈之101年6月30日土地
18 共有物合併及分割契約書（下稱系爭契約）、地籍圖謄本
19 （見原審卷第215至219頁）附卷後未提示對造閱覽；就證人
20 劉○○庭提之土地租賃契約書等書證（見原審卷第229至247
21 頁），亦未依法提示兩造閱覽，且均不給予表示意見及辯
22 論；又就上訴人當庭欲補陳之相關土地異動索引，諭知退回
23 請上訴人補繕本後再送原法院收發室，惟竟未待上訴人補提
24 即宣布辯論終結，不僅違反證據調查之程序規定，並有應調
25 查而未調查之未盡證據調查能事之程序上顯然違法。此外，
26 上訴人就前揭原審應提示證據而未提示、應調查而未調查證
27 據之程序違法，已當庭聲明異議（見原審卷第211頁），原
28 審法官竟置之不理，逕予辯論終結，剝奪上訴人對證物閱
29 覽、陳述意見及就爭點、證據為證明、調查暨其調查結果為
30 辯論之聽審訴訟權，已有訴訟程序上重大瑕疵，並因此同時
31 違反爭點闡明、予以充分完全陳述及聲明之闡明義務，且進

而為突襲性裁判。另原審法官對人不對事、濫用職權，有違法官倫理規範，嚴重侵害上訴人之訴訟權。故先請求程序上將原判決廢棄，發回原法院。

(二)本件上訴人固以前詞主張原審未盡調查證據及闡明義務即逕予判決，妨害其訴訟上權利之行使，應發回原法院再行審理云云。惟上訴人就其自身所提系爭契約、地籍圖謄本（見原審卷第215至219頁）等文件內容，本已知之甚詳，自得據以辯論，原審縱未提示對造閱覽，亦無侵及上訴人程序利益可言。再者，縱原審未完整提示卷內其他相關證據資料供當事人閱覽，或未待上訴人補正部分資料即予辯論終結，惟我國二審訴訟程序為續審制，得於法律規定範圍內提出新攻擊防禦方法，是上訴人仍得於本審聲請閱卷，並補提有利之事證，上訴人認原判決認事用法有所違誤之處，均得於上訴審具體指摘並請求調查有利之證據，其於上訴審既得就所有證據資料為完整之攻防辯論，作為第二審辯論及判決之基礎，即難認原審訴訟程序有何重大瑕疵致影響上訴人之審級利益，況上訴人前揭所指，俱屬原審採用證據、認事用法之行使，要與審級利益無涉。故上訴人之上開主張俱不足採，原審並無影響上訴人審級利益之重大瑕疵。另上訴人所主張之其餘事由如法官違背倫理規範等，亦難認原審所為訴訟程序有重大瑕疵，或有因訴訟程序違背規定而不適於為第二審辯論及判決之基礎之情形。是上訴人主張原審訴訟程序有重大瑕疵，應將原判決廢棄發回原審法院云云，尚非可採。

貳、實體事項：

一、上訴人上訴意旨略以：依被上訴人於101年6月30日以共有人身分與訴外人即系爭土地出租人劉○○簽立之系爭契約內容，可證系爭土地為道路預定地，並非其等分割之標的，且系爭契約之「其他約定事項」約定其等應各自出具系爭土地及000-0地號之使用同意書予他方，以排除系爭契約第4條第5項所定其等分受土地上之他方地上物應拆除、解除占用之適用。且劉○○於原審亦證稱系爭土地及000-0地號是道路

01 預定地，不能作建築使用，則系爭土地既為道路用地，被上
02 訴人與劉○○並因此情為上開約定，是被上訴人就系爭土地
03 顯無使用上之急迫性或不使用時有難以抵償之損害。其次，
04 系爭土地及其往北延伸之預定道路業經建築使用，依街廓現
05 況完全無開設預定道路之可能及價值，即無損害地主即被上
06 訴人利益之可能。又上訴人就系爭土地迄今仍繼續繳納租金
07 中，則被上訴人之所有權人地位若不受上訴人之優先購買權
08 阻斷，仍可分受部分租金，更無損害之可言。被上訴人依原
09 判決供擔保聲請為假執行，經原法院以114年度司執字第392
10 32號強制執行事件受理在案，並核發執行命令命上訴人於收
11 受命令15日內依原判決主文第1項及第2項履行（下稱系爭執
12 行命令）。若上訴人依系爭執行命令拆除系爭貨櫃屋過半及
13 中段逾三分之一部分，勢將毀損上訴人居住及使用上之功
14 能，致無法居住、辦公，其損害實難以回復；尤其系爭貨櫃
15 屋是2層疊放，其修補之費用顯然相當於或高於本件訴訟標
16 的價額或新購貨櫃屋之費用等語。上訴先位聲明為：原判決
17 關於假執行之宣告廢棄。上開廢棄部分，被上訴人在第一審
18 假執行之聲請駁回。備位聲明為：請依系爭土地申報地價每
19 平方公尺新臺幣（下同）4560元計算宣告上訴人免為假執行
20 之供擔保金額。

21 二、被上訴人則以：原判決依上訴人之聲請准予供擔保後免為假
22 執行，上訴人本可供擔保後免為假執行；況拆屋還地為財產
23 權訴訟，非不得以金錢賠償以回復原狀，且被上訴人亦已提
24 供擔保執行，縱受有損害，亦得以被上訴人所供擔保金受
25 償；系爭貨櫃屋為門牌號碼苗栗縣○○鎮○○路000號房屋
26 即泓淵車體吊桿廠之附屬建物，不具有構造上及使用上之獨
27 立性，且上訴人係作為神明廳用途，自不可能因拆除系爭貨
28 櫃屋而受有難以回復之損害。又拆屋還地訴訟之假執行擔保
29 金本係以占用土地公告現值計算，上訴人主張以申報地價計
30 算，顯有未合，是本件上訴顯屬無據等語置辯。答辯聲明
31 為：上訴駁回。

01 三、按關於財產權之訴訟，原告陳明在執行前可供擔保而聲請宣
02 告假執行者，雖無釋明在判決確定前不為執行，恐受難於抵
03 償或難於計算之損害，法院仍應定相當之擔保額，宣告供擔
04 保後得為假執行，民事訴訟法第390條第2項定有明文。又前
05 開情形，如被告釋明因假執行恐受不能回復之損害者，法院
06 應宣告駁回原告假執行之聲請，同法第391條亦有明文。經
07 查，本件被上訴人請求上訴人拆屋還地等訴訟，被上訴人雖
08 未釋明不為執行恐受難於抵償或難於計算之損害，惟被上訴
09 人既陳明在執行前願供擔保而聲請宣告假執行，原法院依民
10 事訴訟法第390條第2項規定，酌定相當之擔保額，准被上訴
11 人供擔保後，得為假執行，於法並無不合。上訴人雖主張原
12 判決所命給付如經假執行，將致系爭貨櫃屋之修補或重購費
13 用高昂，並影響居住及辦公功能，伊恐因假執行受有不能回
14 復之損害云云。惟查本件屬財產權之訴訟，上訴人因拆除系
15 爭貨櫃屋所受損害，乃該地上物所有權滅失之損害，非不得
16 以金錢賠償以回復原狀，且原判決既已命被上訴人供擔保後
17 始得假執行，復被上訴人業於114年12月1日將原判決諭知得
18 假執行之供擔保金額提存（見原審卷第325頁），上訴人縱
19 受有損害，亦得以被上訴人所供擔保金受償。況系爭執行命
20 令前既已定相當期間命上訴人履行（見本院卷第53頁），上
21 訴人自得於該等期間內搬離，不致因系爭貨櫃屋拆除而害及
22 居住與辦公之日常活動，上訴人此部分主張，並不可採。是
23 上訴人既未能釋明其將因假執行恐受不能回復之損害，核與
24 民事訴訟法第391條規定不符，原判決亦依職權宣告上訴人
25 預供擔保後得免為假執行，上訴人自可供擔保後免為假執
26 行，故上訴人上訴意旨，請求駁回被上訴人假執行之聲請，
27 洵屬無據。另原審依系爭土地於起訴時公告土地現值（每平
28 方公尺28,500元，見原審卷第23頁）及地政機關測量後系爭
29 貨櫃屋之占用面積（15.86平方公尺），核算本件拆屋還地部
30 分訴訟標的價額為45萬2010元（計算式：28,500×15.86），執
31 此酌定相同金額作為上訴人免為假執行所應供擔保之金額，

01 亦無過高而不當之問題，上訴人主張依系爭土地申報地價計
02 算免為假執行之供擔保金額，顯屬無據。至上訴人爭執其已
03 依法對被上訴人及劉○○主張承租人優先購買權，依法阻斷
04 其等就系爭土地之買賣契約及登記效力，而系爭土地於分割
05 前係包含在上訴人承租之000地號土地範圍內，劉○○於原
06 審證稱系爭土地之地籍編碼取代000地號預定道路用地，進
07 而認為上訴人所有之系爭貨櫃屋自始越界建築於道路用地即
08 系爭土地上，顯係誤解云云，乃涉及被上訴人本案請求有無
09 理由，並非假執行宣告當否之問題，併予敘明。

10 四、綜上所述，原判決准被上訴人供擔保後得假執行，暨依職權
11 宣告上訴人為被上訴人預供擔保後得免為假執行，並分別酌
12 定供擔保之金額，經核於法均無不合。上訴意旨指摘原判決
13 主文關於假執行部分之宣告不當，並以先位及備位聲明求予
14 廢棄改判，均為無理由，應予駁回。

15 五、據上論結，本件假執行之上訴為無理由，爰判決如主文。

16 中 華 民 國 115 年 6 月 24 日
17 民事第八庭 審判長法官 黃 裕 仁
18 法官 林 秉 暉
19 法官 蔡 建 興

20 正本係照原本作成。

21 不得上訴。

22 書記官 詹 雅 婷

23 中 華 民 國 115 年 6 月 24 日