臺灣高等法院民事判決

108年度上字第376號

上　訴　人　陳義元
　　陳聆隆
　　謝陳連子
　　林陳秀鳳
　　陳寶玉
　　鄭志鴻
　　鄭志勇
共　　同
訴訟代理人　林瑞富律師
被　上訴人　拙石建設股份有限公司
法定代理人　林義順
被　上訴人　司法院
法定代理人　許宗力
被　上訴人　最高法院
法定代理人　鄭玉山
被　上訴人　臺灣臺北地方法院
法定代理人　黃國忠

上列當事人間請求確認侵權行為存在事件，上訴人對於中華民國108年2月11日臺灣臺北地方法院107年度訴更一字第25號第一審判決提起上訴，本院不經言詞辯論，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按上訴人在第一審所訴之事實並依其在第二審提出之書狀所主張之事實，其訴在法律上顯無理由者，依民事訴訟法第463條準用同法第249條第2項之規定，得不經言詞辯論，逕以判決駁回其上訴。本件依上訴人在第一審所訴之事實並依其在第二審提出之書狀所主張之事實，其訴在法律上顯無理由

，爰不經言詞辯論，逕為判決。

二、當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止，民事訴訟法第 170條定有明文。又上開條文所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明；他造當事人，亦得聲明承受訴訟；當事人不聲明承受訴訟時，法院亦得依職權，以裁定命其續行訴訟。民事訴訟法第 175條、第 178條有明文。被上訴人臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）法定代理人原為黃兆隆，於民國107年1月16日變更為黃國忠，原法院因兩造均未為承受訴訟之聲明，而依民事訴訟法第 178條之規定，於108年1月28日裁定由黃國忠承受訴訟，並將裁定送達兩造，有裁定及送達證書可稽（見原審卷第 31-55頁），應為合法。上訴人主張黃國忠未聲明承受訴訟，原法院亦未將聲明承受訴訟狀繕本送達予其，且前述裁定不能取代此事，原審訴訟程序依法當然停止，原法院逕自判決乃為違法，為維審級利益，應將原判決廢棄並發回原法院云云，顯係忽略民事訴訟法第 178條之規定，而不足採。

三、法官曾參與該訴訟事件之前審裁判者，應自行迴避，不得執行職務，民事訴訟法第32條第 7款定有明文。所謂法官參與前審裁判，係指法官就同一事件已參與下級審之裁判者，嗣後不得再參與上級審之裁判而言。且下級審判決經上級審廢棄發回更審者，參與該下級審判決之法官於更為審判之程序，不得謂為參與前審判決之法官（最高法院48年台再字第 5號民事判例意旨參照）。上訴人雖主張原法院 105年度訴字第4707號判決經本院以 107年度抗更一字第24號裁定廢棄發回後，原判決法官未自行迴避而仍參與本件裁判，此損及其審級利益，原判決應予廢棄並發回原法院云云，然此一主張與前述規定不合，為無可取。

乙、實體方面：

一、上訴人主張：被上訴人拙石建設股份有限公司（下稱拙石公

司）於民國 104年間向原法院起訴請求分割共有物，臺北地院乃以 104年度重訴字第1179號判決（下稱系爭1179號判決）命上訴人在內之陳東木全體繼承人就臺北市○○區○○段0○段 000地號土地（下稱系爭土地）所有權應有部分1/6辦理繼承登記，並就系爭土地准予變價分割，所得價金由共有人按應有部分比例分配。惟繼承登記為行政權範疇，非民事法院所得管轄，系爭1179號判決援用之司法院（70）廳民一字第0649第一廳研究意見（下稱前述研究意見），及最高法院68年度第13次民事庭會議決議、70年度第 2次民事庭會議決議（下稱前述二決議）、69年台上字第1012號判例（下稱前述判例）虛構訴訟經濟原則及繼承登記請求權，推翻民法第759條之規定，已難謂不構成刑法第100條內亂罪，則因最高法院、司法院之造意，使拙石公司得以起訴請求上訴人等辦理繼承登記，臺北地院因此為系爭1179號判決，應認被上訴人係共同侵害上訴人受民法第 759條保障之法益，伊自得提起確認共同侵權行為存在之訴。並聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認兩造間就系爭土地辦理繼承登記之請求及判決，即系爭1179號判決，係共同不法侵權行為法律關係存在。

二、本件未經言詞辯論，故無被上訴人之聲明及陳述可資記載。

三、經查：

㈠按國家賠償法第13條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定」，立法意旨謂：「推事、檢察官或其他有審判或追訴職務之公務員，實施審判或追訴，亦屬執行職務行使公權力之範圍，惟審判及追訴，關於法律之適用及證據之取捨，難免有不同之見解，不能因其見解之不同，而令負賠償責任。為維護審判獨立，外國立法例多以明文否定或限制審判官之侵權行為性…就我國法制而言，有審判或追訴職務之公務員，應如何審判或追訴，民刑訴訟法已有明確規定，並有審級制度、再審、非常上訴及冤獄賠償程序，可資救濟，故規定惟於有審判或

追訴職務之公務員，因執行職務，侵害人民之自由或權利，就其參與審判或追訴之案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，始適用本法之規定」。又前述規定乃係國家就有審判或追訴職務之公務員之侵權行為應負損害賠償責任之特別規定。依現行訴訟制度，有審判或追訴職務之公務員，其執行職務，基於審理或偵查所得之證據及其他資料，為事實及法律上之判斷，係依其心證及自己確信之見解為之。各級有審判或追訴職務之公務員，就同一案件所形成之心證或見解，難免彼此有所不同，倘有心證或見解上之差誤，訴訟制度本身已有糾正機能。關於刑事案件，復有冤獄賠償制度，予以賠償。為維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義，上述難於避免之差誤，在合理範圍內，應予容忍。不宜任由當事人逕行指為不法侵害人民之自由或權利，而請求國家賠償（司法院釋字第 228號解釋理由書參照）。準此，職司審判或追訴職務之公務員限於「參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定」之情形，國家始負賠償責任。

㈡上訴人雖主張司法院、最高法院逾越憲法權利分立原則及法律之規定而為前述研究意見、決議及判例，拙石公司起訴請求上訴人辦理系爭土地之繼承登記事宜，臺北地院法官援用前述決議、判例、研究意見而為系爭1179號判決，係對其為共同侵權行為。然司法院、最高法院所為前述研究意見、決議及判例均非就上訴人與拙石公司此一個案所為，而係就通案為法律之解釋，作成時間為69年、70年間，距離系爭1179號判決甚久，司法院、最高法院顯無可能以該等法律解釋而於104、105年間與臺北地院、拙石公司成立共同侵權行為之可能；且前述研究意見、決議及判例均係最高法院、司法院所為法律解釋，系爭1179號判決予以援用，亦係承審該民事事件法官之法律見解，揆諸前開說明，倘無國家賠償法第13條所定情事，均非可認司法院、最高法院、臺北地院應負侵權行為之國家賠償責任，而上訴人雖指該等法律解釋、見解與內患罪無異云云，但此容與參與審判者經判決有罪確定之

情形不同，不足為採；是本件依上訴人主張之事實觀之，司法院、最高法院及臺北地院已無可能與拙石公司成立共同侵權行為。又拙石公司依據其法律見解提起民事訴訟以資解決兩造爭議，乃係行使憲法第16條所賦予之訴訟權，上訴人亦得就系爭1179號判決提起上訴以資救濟，上訴人逕自以其個人所持法律見解主張拙石公司共同與司法院、最高法院、臺北地院為侵權行為，亦顯無理由。另確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第 247條定有明文。又所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言。上訴人固稱其提起本件確認之訴將可避免系爭土地被判決強制分割，然上訴人以書狀自承業就系爭1179號判決提起上訴，權益已可經由審級制度予以保障，且本件訴訟標的並非系爭土地之分割，縱確認被上訴人就系爭1179號判決為共同侵權行為，亦無法除去上訴人主張之不安狀態，依此，上訴人提起本件確認之訴，應欠缺受確認判決之法律上利益。則綜合前述，本件純以上訴人主張之事實觀之，即可知其主張被上訴人共同為侵權行為，並訴請確認共同侵權行為存在，在法律上顯無理由。

四、綜上所述，上訴人提起本件確認之訴，在法律上顯無理由，不應准許。原審不經言詞辯論而為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨猶執陳詞指摘原判決不當，聲明廢棄改判，要屬無據，爰依首揭規定，不經言詞辯論，逕予判決駁回上訴。

五、據上論結，本件上訴為顯無理由，爰依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項本文、第463條、第249條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　8　　日

民事第十八庭

審判長法　官　湯美玉

法　官　李慈惠

法　官　趙雪瑛

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　8　　日

書記官　郭晉良

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。