梁宏哲法官主講 如何避免裁判違法被非常上訴

為精進法官審判品質及效能，避免落入非常上訴之風險，臺灣高等法院臺南分院日前邀請最高法院梁宏哲法官以「如何避免裁判違法被非常上訴 — 以可歸責於第二審法官之案例為中心」為題進行專題演講。由臺南高分院黃瑞華院長主持，該院及轄區地院司法同仁計約 70 人熱烈參與。

梁法官首先指出事實審造成非常上訴之常見原因計有：累犯有無之認定有誤、應否受理訴訟之認定不當、定刑逾越內部或外部上限、易服勞役以 1 年比例折算有誤等，尤以累犯宣告違誤占非常上訴撤銷主要原因 42.34% 居冠，故建議法官對於收案較久之案件，審結撰寫判決時，應再查調一次前科表，以確保裁判結果之正確性。

隨後，梁法官舉最高法院實務案例就被非常上訴之違誤態樣進行重點說明：

⑴ 109 年度台非字第 90 號刑事判決：依兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 點，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第 47 條規定判斷是否為累犯時，不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件，自不生累犯問題。

⑵ 111 年度台非字第 3 號、第 12 號、第 37 號刑事判決：主文所載刑度有文字脫漏或錯誤之情形，如逕以裁定加以更正，顯然足以影響該部分判決之本旨，自屬違法。脫漏部分，係屬法院漏未裁判而應補充判決之問題。錯誤部分，為維持被告之審級利益，應將原判決及原更正裁定均撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

⑶為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，新增訂之刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，上訴得明示僅就判決之刑一部為之，則其「論罪」與「科刑」即屬可分之立法，此乃上訴不可分原則之例外規定。上訴審如對犯罪事實（論罪）部分併為審判，該部分即有未受請求之事項予以判決（即訴外裁判）之違背法令。

⑷ 僅對「刑」或「定執行刑」提出之一部上訴撤銷改判時，主文第 1 項之諭知方式應為「原判決關於… 所宣告之『刑』或『應執行刑』部分，撤銷」方為正確。梁法官並分享其避免發生刑度記載錯誤的小秘訣，乃是養成判決書數字只出現一次的習慣，例如：主文已記載刑度，最後以「量處『如主文』所示之刑」論結即可。

梁法官續以最高法院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定闡述定應執行刑須掌握「一原則（雙核心）、二旁論、三例外」之概念：

⑴ 一原則：即「一事不再理、禁止雙重危險」之審判雙核心觀念。除從實施刑事執行程序之法官、檢察官的「官本位」角度檢視，注意定應執行案件有無違反恤刑目的而應再予受理之例外情形，以提升受刑人對刑罰執行程序之信賴外，更要從受刑人「民本位」之視角觀察，踐行正當法律程序，避免受刑人因定應執行刑反遭雙重危險之更不利地位。

⑵ 二旁論：除顯無必要或有急迫情形外，法院於裁定前，允宜予受刑人以言詞、書面或其他適當方式答辯，以「保障陳述意見機會」；若案件顯然應另重定應執行刑時，「審理中可不定刑」。但梁法官認為參與審理、判決個案之法官，對如何酌定應執行刑較為瞭解，原則上仍予定刑為佳。

⑶ 三例外：數罪併罰案件之實體裁定確定後，即生實質確定力，原則上法院不得就已經定應執行刑確定之各罪全部或部分重複定應執行刑，惟若「增加可合併他罪」、「原裁判基礎動搖」、「責罰顯不相當之極重要公共利益」而有另定執行刑之必要，則屬例外情形。

⑷ 梁法官表示，不同法官或不同案件之定應執行刑差距甚大，當法官遇到瓶頸時，不妨參酌累進處遇標準，立於民本位之立場，或許可給予被告更妥適的定刑。

最後，梁法官引用美國大法官布蘭迪斯所言「法律規則被確定下來，比被正確的確定下來，更形重要」，強調相關爭點若已經下級審充分辯論，終審法院應儘早定紛止爭，以達成法安定性之誡命；法官審理案件如認確定見解有誤，可於判決論述自身看法，透過審級或大法庭制度提出挑戰，促使我國民主法治不斷地進步。

（本文由臺灣高等法院臺南分院提供）

（文接二版）

訟。嗣共有人獲得勝訴判決確定，否認拍定人優先承買權之資格，則拍定人僅屬一般之拍定人，執行法院自應依注意事項第 44 點第 1 款規定，通知共有人於收受通知後 15 日內表示是否行使優先承買權。共有人接獲通知後，逾期未表示者，始視為放棄優先承買權。

由是更足認共有人對優先適用者提起確認之訴訟之確認利益，尚難認為執行法院將陳報狀轉知予其他共有人，而其他共有人逾期未表示意見，業已視為放棄優先承買權，其所提起之確認優先承買不存在之訴訟，已無確認利益為由，而予以駁回。

肆 最高法院109年度台上字第203號判決

一、案件事實

執行法院拍賣共有土地之應有部分，而該土地上有未辦保存登記之建物，拍定人主張因其對未辦保存登記之建物有事實上處分權，所以就上開土地有法定租賃權存在，依民法第 425 條之 1 第 1 項、第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條第 1 項、民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定，其就上開土地應有部分有優先承買權，且以書狀向執行法院為陳報其主張之事實及證據，執行法院將該陳報狀轉知予上開土地之其他共有人知悉。

共有人收受陳報狀後，隨即對拍定人提起確認優先承買權不存在之訴訟，一審判決共有人勝訴，拍定人提起上訴，殆至二審時共有人始以書狀表示行使優先承買權，嗣二審仍判決共有人勝訴，拍定人提起第三審上訴，其中上訴理由指稱共有人曾受執行法院將其陳報書狀之轉知後，逾期未以拍定之同一價格合法行使優先承購權，視為放棄該優先承買權，即無受確認判決之法律上利益。

二、判決之見解

按共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，土地法第 34 條之 1 第 4 項定有明文。而徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土地法第 104 條第 2 項規定，即他共有人於接到出賣通知後 10 日內不表示者，其優先購買權視為放棄；且優先購買權之性質屬形成權，他共有人以書面為優先購買權行使之表示者，以該表示之通知到達為處分之共有人時發生效力。又不動產經拍定或交債權人承受時，如依法有優先承買權利人者，執行法院應通知其於法定期限或執行法院所定期限內表示願否優先承買，辦理強制執行事件應行注意事項第 44 點第 1 款定有明文。而強制執行法之拍賣為買賣之一種，即拍定人為買受人，以執行法院代替債務人立於出賣人之地位為出賣，關於買賣條件之通知或行使優先購買權之意思，亦可由執行法院代為或代受，並據為優先購買權是否合法行使或視為放棄之判斷。查兩造所主張不同法律規定之優先購買權，依 106 年 12 月 1 日修正前土地法第 34 條之 1 執行要點第 10 點第 7 項規定，以上訴人所主張者優先適用，如被上訴人之優先承購權未合法行使或視為放棄，其提起本件訴訟，即無受確認判決之法律上利益。

伍 本文之看法—代結語

最高法院 109 年度台上字第 203 號民事判決案例事實，係在拍賣土地應有部分，發生優先承買權競合之情形，因拍定人依其主張即為優先適用者，執行法院不再通知非優先適用者之情形下，認為非優先適用者（共有人）欲對優先適用者（拍定人主張其為具有民法第 425 條之 1 第 1 項、第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條、民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項所規定之優先承買權），提起確認優先承買權不存在訴訟，必先合法行使優先承買權或未有視為放棄，始得提起，否則即無確認利益。似已將優先適用者主張之優先承買權之事實，未經實體審認下，而直接認為真實[15]，反要求非優先適用者，須先合法行使優先承買權或未有視為放棄優先承買權，具有確認利益後，始得對主張優先適用者提起確認優先承買權不存在之訴訟，概念上容有違誤。

再以，執行法院對於主張優先適用者是否確實具有優先承買權，並無實體認定權，僅能依其主張之事實及證據為形式上認定，而在此優先承買權競合之情形下，因主張優先適用者即為拍定人，執行法院即未再通知非優先適用者，得以同一價格行使優先承買權，僅是將主張優先適用者之書狀轉知予非優先適用者，根本未符合優先承買權之通知方式，非優先適用者收受後，並無義務於期限內為優先承買之表示，自不得以其未為表示而認為非優先適用者已視為放棄優先承買權。斯時應認非優先適用者（即共有人）對於優先適用者（即拍定人）所提確認優先承買權不存在訴訟，當然有確認利益[16]。

（作者為台中地院庭長）

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。
二、作品如以偵查中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
三、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加註說明。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。