論違式裁判之救濟

文／周俞宏

案例

原告甲向法院起訴請求被告乙返還借款 20 萬元，經言詞辯論後，法院所為裁判書載明為「○○法院裁定」，並附註教示「如不服本裁定得於 10 日內抗告」，但裁判書中又記載本件清償借款事件「判決」如下（命被告乙給付原告甲 20 萬元），此裁判是否屬於違式裁判？當事人應如何請求救濟？

壹 前言

法院之裁判，或以裁定行之，或以判決為之。法院對於應以判決或裁定形式為之的裁判，但互為誤用之裁判，稱之為違式裁判。對於違式裁判，當事人究竟應如何聲明不服？上級法院又應如何裁判？實務上向來有不同看法。而違式裁判之救濟方法，牽涉到不變期間的遵守（抗告期間 10 日，上訴期間 20 日），以及徵收裁判費之多寡（上訴費與抗告費算法不同），對於當事人權利影響甚鉅，故實有加以探究及釐清之必要，本文擬從當事人及法院的角度分別切入，說明當事人對於違式裁判如何聲明不服，暨上級法院應依何種程序糾正違式裁判。

貳 違式裁判的定義

違式裁判的定義乍看之下很清楚，亦即法院對於應以判決或裁定形式為之的裁判，互為誤用之裁判，即稱為違式裁判。例如，在裁判有脫漏的情形，針對漏未判決部分，原應進行補充判決（民事訴訟法第 233 條），但法院卻逕行裁定更正原判決；或者應為中間判決之事項（民事訴訟法第 383 條），法院逕以裁定為之等等[1]，均屬違式裁判。可是實際上，法院的裁判形式有無誤用，並非如此明確，常常無法一望即知，甚至頗有爭議（如前述案例）。有關違式裁判的認定標準，國內學者較少論及，然在日本學界，則有 4 種不同的主張，茲介紹如下[2]：

一、客觀說

此說認為應以裁判事項的客觀上內容為基準，認定該裁判是屬於判決或裁定，再據以認定是否屬於違式裁判。在前述案例中，法院判命乙給付甲 20 萬元，該裁判事項乃清償借款的私法上爭執，且屬終局裁判，應為判決的性質（僅是法院在書面裁判中誤用或誤載為「裁定」）。

二、主觀說

此說認為應以裁判書的標題及適用程序等外觀形式，來推測法院的主觀上意思，據以認定是判決或裁定，故在前述案例中，法院的裁判書標題載明為「○○法院裁定」，並教示得於 10 日內提起抗告，據此推測法院的主觀上意思，可能被認為屬於裁定的性質。

三、綜合說

此說認為應該同時審酌法院的主觀上意思及裁判事項的客觀內容，判斷該裁判的性質。亦即，根據誤用裁判形式的客觀上事實，參酌法院主觀上的意思，進行綜合判斷。

四、當事人選擇說

從前述各說對立，可知光是定性法院作成的裁判屬於判決或裁定，在某些情況下，誠屬困難，更遑論進一步斷定是否屬違式裁判，故主張於外觀不易判定之情形下[3]，為不使法院的錯誤責任轉嫁於當事人，得由當事人自由選擇（認定屬判決或裁定），對之提起上訴或抗告均無不可[4]。

日本學界雖有前述對立的諸說，但為了避免因法院的錯誤影響當事人的權益，在外觀不易判定的情況下，學者多採當事人選擇說的看法[5]。本文認為裁判乃是由法院所作成，故關於裁判性質的認定，原則上當以法院之主觀意思為準，但在外觀不易判斷或有矛盾的情況下，則輔以當事人選擇說之看法，較能周全保障當事人權益。

參 違式裁判的聲明不服方法

於確定法院之裁判屬於違式裁判之後，當事人應如何請求救濟，成為另一個問題。國內學者對此存在不同的見解，司法實務看法也未統一，大致上可區別為下列 3 種看法：

一、實質說

此說認為上訴或抗告期間之遵守、裁判費用之徵收、不服利益之有無、上訴或抗告應適用之程序等事項，或與公益有關，或事涉他造權益，自應依裁判之實質內容為準，不因法院誤用裁判形式而不同。亦即，倘若裁判之實質內容屬於應以裁定形式裁判之事項，縱法院誤以判決為之者，仍應依抗告之規定聲明不服；反之，法院誤用裁定為裁判的違式裁判，則依上訴規定聲明不服[6]。

二、形式說

此說認為在法院誤用裁判形式之違式裁判中，倘採實質說要求當事人應依裁判之實質內容，找出相應的法定聲明不服方法，無疑是要求當事人必須具備比法院還要高明的法律知識，顯有不妥，故應依法院違式裁判之外觀形式，定其聲明不服的方法[7]。

三、折衷說

此說亦認為違式裁判之聲明不服方式，不能過度課責於無法律知識之一般人民，對於應用判決而誤為裁定之違式裁判，如以抗告方法聲明不服者，應予准許，如其以上訴方法聲明不服者，亦無不可[8]。反之，在法院本應以裁定為裁判而誤用判決之情形，亦應為相同解釋。

折衷說從寬認定當事人得以任一種方式聲明不服，對於當事人之保障固較周全，但有關上訴或抗告期間之遵守及裁判費用之徵收，究竟如何決定，則不無疑問。有認為不變期間之遵守及裁判費之徵收，事涉公益及他造之權益，應該依實質說之方法認定之[9]；但也有認為應分別視當事人採用聲明不服之方法，決定其不變期間之遵守及裁判費之徵收[10]；更有認為法院既已違式裁判，應從寬認定所應遵守之不變期間，悉依法定上訴期間計算之，否則，常易使受裁判人因誤信法院所用裁判之形式而受不測之損害[11]。

從前述說明可知，實質說關於決定違式裁判之聲明不服方法，有過度課責於無法律知識的一般人民之嫌，故多數學者並不採此看法。折衷說的看法雖然對當事人最為有利，但從寬認定的結果，有關不變期間之遵守或裁判費之徵收問題上，又出現看法不一的紛歧意見，不若形式說概以法院違式裁判之外觀形式為準，較具安定性及可預測性，故本文認為以採形式說為妥。

再從外國立法例上比較觀察，日本早期學說與實務對此問題，亦存在對立之看法，後來日本採取立法解決的方式，在日本民事訴訟法第 328 條第 2 項中明定「不得以裁定或命令之形式裁判之事項，法院以裁定或命令為裁判時，得對之提起抗告」（舊法規定於第 411 條）[12]，以杜爭議。學者認為之所以僅對抗告加以規定，是因此種誤用情形較多，但在相反的情況，也就是應用裁定的形式卻誤用了判決的情形，完全可以逆推[13]，故此問題在日本幾乎已無爭論。不過仍有少數學者對此抱持懷疑的態度，認為形式說固然是為了保護當事人，但倘若當事人具備比法院更正確的法律知識，真能依裁判事項的實質內容，選擇相應的救濟管道，很難說這樣是屬於錯誤的救濟方法[14]。

本文認為外觀上明確的違式裁判，裁判書中復明示救濟方法及不變期間，採形式說定其救濟程序，不致對當事人造成突襲之結果，更有判斷上簡明之優點。至於法院之裁判外觀不易判定或有矛盾時，為了不使當事人承擔法院錯誤之不利益，就此外觀不明之裁判可兼採當事人選擇說之看法，允許當事人選擇以上訴或抗告救濟，以資周全。據此，在前述案例中，法院裁判書中忽稱裁定，忽謂判決，可歸類為裁判外觀不易判定之情形，應允許當事人選擇以上訴或抗告聲明不服。

肆 上級審應適用的程序

對於違式裁判之救濟方法，雖有實質說或形式說之不同意見，但於確定應適用之救濟程序後，上級法院即應採用相應之程序進行審理及裁判，兩說對於此點並無不同的看法。

舉例而言，採實質說看法者，對於應以判決形式裁判之事項，法院誤用裁定為之，除認為應依裁判之實質性質，依上訴聲明不服外，上級法院亦應依上訴程序審判之，反之

（文轉三版）

註釋

1 秋山幹男等著，コンメンタール民事訴訟法 VI，日本評論社，2014 年 9 月 20 日第 1 版第 1 刷，第 415 頁。

2 鈴木正裕、鈴木重勝編，注釈民事訴訟法（8）上訴，有斐閣，平成 10 年 2 月 28 日初版第 1 刷，第 404 頁；秋山幹男等著，同註 1，第 415-416 頁。

3 須補充說明者，乃有學者主張倘非外觀上無法判定，而屬顯然錯誤者，應允許法院裁定更正，例如法院裁判書之標題誤載為「裁定」，但從外觀上看明顯屬於判決者，屬顯然之錯誤，得以裁定更正之，參閱鈴木正裕、鈴木重勝編，同註 2，第 404 頁。

4 三ヶ月章著，汪一凡譯，日本民事訴訟法，五南圖書，1997 年 6 月初版 1 刷，第 514 頁。

5 鈴木正裕著，決定事項を判決の形式で裁判した場合と上訴審の審理対象，日本評論社，私法判例リマークス 12 号，1996 年，第 125-126 頁。

6 最高法院 18 年抗字第 317 號民事判例謂：「應以判決裁判之事項而法院誤以決定（即裁定）裁判之，在當事人依法應有之上訴權，自無因法院之違式裁判而受影響之理」。我國下級審法院亦有採實質說之看法者，例如臺灣嘉義地方法院 107 年度簡上字第 89 號民事裁定。亦有學者較傾向實質說之看法，參閱吳明軒著，民事訴訟法（下冊），三民書局，2000 年 9 月修訂 5 版，第 1256-1257 頁。

7 最高法院晚近的看法較傾向形式說，譬如最高法院 98 年度台抗字第 482 號民事裁定及 100 年度台上字第 1730 號民事判決均採形式說。在下級審法院亦有採形式說看法者，例如臺灣嘉義地方法院 107 年度簡上字第 11 號民事判決。

8 魏大喨著，民事訴訟法，三民書局，2015 年 7 月初版 1 刷，第 357 頁；陳計男著，民事訴訟法論（下），三民書局，2005 年 4 月增訂 3 版 1 刷，第 249 頁。

9 魏大喨著，同註 8，第 357 頁。

10 陳計男著，同註 8，第 249 頁。

11 吳明軒著，同註 6，第 1256、1257 頁。

12 日本民事訴訟法第 328 條第 2 項規定：「決定又は命令により裁判をすることができない事項について決定又は命令がされたときは、これに対して抗告をすることができる」。本條文雖是針對違式裁判的規定，但學者普遍認為對於欠缺法律上根據的違法裁定，均可以引用此條文提起抗告，譬如在沒有提起上訴或再審之訴的情形下，法院卻誤下了一個停止執行的命令，縱使日本民事訴訟法第 403 條第 2 項原規定對於停止執行的命令不得聲明不服，但仍得引用本條提起抗告，參閱秋

稅損法律關係（稅法總論 第三冊）
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元 增訂 未付郵 請直接 植根法律
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週 全年 費用新 如蒙 請郵 帳 5005 帳 司法院

從法釋義學論國際人權公約的落實
—兼評臺灣高等法院 107 年度抗字第 107 號刑事裁定 下

文／孫健智

（文接上期）

公政公約第 10 條第 1 項之規定，按其內容，僅能推導出「不得完全不予酌留」的誡命，至於應予酌留之金額，則無法提供標準，關於酌留金額之標準，該項規定應不能直接適用。抗告法院沒有意識到這個問題，逕以 1 個月間的費用金額為準，正如本文一開始所指出的，若人權保障規定的內容不夠明確，法官仍強加援引，將流於恣意，更將逾越司法權依法裁判之權限。

面對公政公約第 10 條第 1 項不能直接適用的現實，如果法官不願意接受現行法對受刑人之權利就是保障不足、不願意據以駁回受刑人的主張、進而把問題丟回去給立法者，則有 3 種可能的作法：首先，參照立法意旨及人權事務委員會之解釋，填充該項規定的內涵，至其明確而足可直接適用的程度；[18]其次，透過國內法上其他規定，間接適用該條項，也就是，對國內法上相關規定進行合公約解釋，或以這些規定提供的材料，在容許法之續造的空間內填補漏洞；最後，在前面這兩種途徑都行不通的時候，則應裁定停止訴訟，聲請釋憲。

在本案中，抗告法院沒有聲請釋憲，也沒有找出國內法上其他規定作為間接適用公政公約第 10 條第 1 項的媒介，更沒有填充該項規定的內容。它指出法務部違反監獄行刑法第 45 條，但法務部不是本案當事人；它引用「最低處遇規則」，但其中並無酌留費用的要求或標準；它引用許宗力大法官釋字第 755 號解釋協同意見書那句「受刑人只是穿『囚服』的國民，並非憲法基本權保障的『棄民』」，但沒能提出酌留費用的標準，放在裁定尾端的傍論，顯得頭重腳輕。

筆者認為，最簡單的取徑在於，刑事訴訟法第 471 條第 1 項既已規定，檢察官罰金、罰鍰、沒收及沒入之裁判，準用執行民事裁判之規定，則基於公政公約第 10 條第 1 項之意旨，強制執行法第 52 條應在準用之列，其準用之結果，檢察官執行扣繳受刑人勞作金及其他保管金者，即應酌留受刑人在監生活 2 個月必需之金錢。

或許本文見解亦無可採，無論是因為有更適合的法條可資援引，抑或這項漏洞只能透過修法或釋憲加以填補。惟本裁定逕行援引不具直接效力的公政公約第 10 條第 1 項，不附理由地得出酌留 1 個月必要生活費用的標準，恐怕已踩到權力分立的紅線了。

六、違反監獄行刑法第 45 條之法律效果為何？

本裁定指摘受刑人長期自行購買保健物品，違反監獄行刑法第 45 條，但違反這條規定的，不是負責執行沒收的檢察官，而是監所主管機關法務部。法務部的違法，對系爭執行命令的合法性有何影響？抗告法院並未說明。

本文認為，按監獄行刑法第 45 條應由監所給予的飲食、物品、器具等，若監所未依規定給予，受刑人就必須自行購買，則在計算在監生活所需費用時，應列入受刑人因此增加的支出。換句話說，法務部違反此條規定，將影響檢察官所得執行的保管金及勞作金的金額。抗告法院對此未置一語，反而讓「法務部違反監獄行刑法第 45 條」的相關論述，成了題外話[19]。

伍 結論

本裁定要求檢察官在執行追徵時，酌留受刑人在監生活所需費用，固然合乎公政公約第 10 條第 1 項，但關於酌留費用的標準，這項規定卻沒有明確到足可直接適用，而應當透過國內法上其他規定間接適用，或參照立法意旨及人權事務委員會之解釋填充其內涵後，始得直接適用。

套用抗告法院自己的說法：「法治國家要求的是政府必須守法，因為人民違法，會有國家予以法律制裁或其他效果，惟國家帶頭違法，難以期待政府會自己認定所為違法」。筆者必須不厭其煩地指出，國際人權公約是法律，不是口號，對司法實務工作者而言，要落實公約、保障人權，必須從法釋義學也就是法律解釋的基本功夫著手。只有這樣，人權保障條款才能真正成為「事實運作中的法律」（law in action），而不只是判決裡充篇幅用的文句。

（全文完）

（作者為桃園地方法院法官）

註釋

18 也就是，得以提供應酌留金額之標準的程度。

19 坊間戲稱坐牢為「吃免錢飯」，但受刑人除了吃住免錢之外，其他生活必需品都得自己張羅，因此，坐牢其實是很花錢的。筆者受訓期間在地檢署實習，才了解這一點，而這件事實顯然存在於一般人的社會經驗之外。在一片撻伐司法官太年輕、缺乏社會經驗的聲浪之中，筆者不曉得，社會經驗如何取代刑罰學跟監獄學的專業知識，有助於更適切地處理這類案件。

（文接二版）

亦然[15]。而採形式說看法者，於按照「違式裁判之外觀」定其救濟方法後，法院也應採用與救濟方法相應的程序進行審理，例如最高法院 98 年度台抗字第 482 號民事裁定闡釋：「原告之訴，有民事訴訟法第 249 條第 1 項所列各款情形之一者，法院固應以裁定駁回之，惟法院倘誤以判決駁回，而原告對之提起上訴時，就其上訴有無理由，上級審法院應依上訴程序以判決為裁判，尚不得依抗告程序以裁定為裁判」。

換句話說，對於應以判決形式裁判之事項，法院誤以裁定為之，依形式說之看法，當事人提起抗告後，上級法院應當依抗告程序，以裁定的形式廢棄原裁定（違式裁判），發回下級法院審理，不得於接受抗告後，逕採取本來應當採用的「判決」程序審理，並自為判決[16]；然依實質說之看法，前述情形當事人本應依上訴程序循求救濟，故上級法院審理後，究竟要以下級法院訴訟程序有重大瑕疵為由，將案件發回下級法院？或依兩造合意由上級法院自為判決？得依民事訴訟法第 451 條規定斟酌決定，此為兩說最大區別之處，宜予辨明。

伍 上級審能否單純以違式裁判為由廢棄原裁判？

既謂違式裁判，不論其裁判實質內容是否正確，至少就裁判之形式，法院已發生誤用，故上級法院於當事人聲明不服後，是否均應廢棄原裁判，以資糾正？例如應用裁定形式裁判之事項，法院誤以判決為之，上級法院得否以原判決違法為由，廢棄發回下級法院重審？或者，不應單純以違式為理由廢棄原判決？

有關此一爭議，早期日本實務上作法亦屬分歧，有認為應廢棄發回下級法院重審者，亦有認為單純的違式裁判，尚未達到應廢棄發回的程度者，得予維持。迄至日本最高裁判所於平成 7 年 2 月 23 日的一個判決中，闡釋下級法院就應以裁定形式裁判的事項，誤用判決為之，其採用的判決程序，相較於原應採用的裁定程序更為慎重，對當事人並無不利，故不能僅以此一理由要求廢棄原判決，自此以後，日本實務作法即趨於統一[17]。我國最高法院對於此一問題，亦採相同之看法，認為不能單純以違式裁判為理由，要求廢棄原裁判，仍應視有無侵害當事人程序上之利益而定[18]。

易言之，倘若違式裁判已損害當事人之程序利益，甚至有害審級利益時，上級法院即應廢棄原裁判，將案件發回下級法院重新審理。例如原應以判決形式裁判之事項，法院卻誤以裁定為之，此時法院使用之審判程序即有錯誤，且損及當事人程序之利益，不論其裁判內容實質上是否正確，均應將原裁定廢棄，並將案件發回下級法院重新審理[19]。

應附帶說明的是，違式裁判應否廢棄或予以維持，並非單純以誤用判決或裁定加以區分，仍應視（違式）裁判內容是否正確而定，亦即上級法院之審理對象，仍為業經當事人聲明不服之下級法院（違式）裁判內容。倘以本文所設案例為例，不論當事人提起上訴或抗告，上級法院之審理對象不因違式裁判而改變，仍為下級法院關於「被告乙應給付原告甲 20 萬元」之裁判是否正確。

陸 結語

在本文最初之案例中，法院在同一份裁判書中，或稱「裁定」，或稱「判決」，當事人要自行認定屬於判決或裁定，有所困難，為不使法院的錯誤責任轉嫁於當事人，應採當事人選擇說，允許當事人選擇提起上訴或抗告尋求救濟，均無不可。倘當事人選擇以上訴救濟，表示當事人認為法院使用「裁定」字眼，純屬誤用或誤載，並非違式裁判，上級法院應依上訴之程序，實質審理下級法院之程序適用及認事用法是否正確，以決定維持或廢棄原裁判；反之，若當事人選擇以抗告救濟，表示當事人認為這是一個違式裁判（誤用裁定之違式裁判），上級法院應依抗告程序處理，復因下級法院使用之審判程序錯誤，損及當事人程序之利益，不論其裁判內容是否正確，均應將原裁定廢棄，發回下級法院重新審理。

（作者為嘉義地方法院庭長）

註釋

山幹男等著，同註 1，第 416 頁。

13 三ヶ月章著，汪一凡譯，同註 4，第 514 頁；鈴木正裕、鈴木重勝編著，同註 2，第 404 頁。

14 鈴木正裕著，同註 5，第 126 頁。

15 吳明軒著，同註 6，第 1257 頁。

16 三ヶ月章著，汪一凡譯，同註 4，第 514 頁。

17 菱田雄郷著，違式の裁判，民事訴訟法判例百選 II〔新法対応補正版〕— A56 事件，1995 年 2 月 23 日，第 452 頁；鈴木正裕著，同註 5，第 126 頁。

18 最高法院 100 年度台上字第 1730 號民事判決謂：「……縱依訴訟程序行言詞辯論後以判決形式為裁判，既無損當事人之程序利益，亦難指為適用程序有重大瑕疵。……原審本應認親權事項之酌定為有理由而以裁定為之，乃竟認該酌定為有理由，並以判決為之，雖有未合，但於裁判之結果，初無二致，亦仍應維持」。

19 小池一利著，民事抗告審の実務と考察，判例タイムズ 1274 号，2008 年 10 月 1 日，第 23 頁。