

臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度上易字第579號

上訴人 張正行
訴訟代理人 張伶榕律師
視同上訴人 張明德
張正男

張政智

張添富

張吳束

張立憲

張立法

張立昌

張立洲

張瑞霖

張瑞霽

張鈴惠

張瑞恩

張峻維

泰和茂開發團隊有限公司

上 一 人

法定代理人 錢振興

訴訟代理人 羅浩瑋

被上訴人 謝木華

上列當事人間請求返還借款事件，上訴人對於中華民國110年9月23日臺灣彰化地方法院109年度訴字第578號第一審判決提起上訴，本院不經言詞辯論，判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣彰化地方法院。

事實及理由

一、被上訴人主張：

兩造共有之彰化縣○○鄉○○○段0000地號土地（下稱系爭土地），土地使用分區及使用地類別為鄉村區乙種建築用地，面積為2,838.01平方公尺，應有部分比例如附表一所示。因系爭土地並無因法令限制或使用目的而不能分割之情形，兩造就系爭土地未訂有不分割之契約或約定不分割之期限，然就分割方法未能達成協議，爰依民法第823條第1項本文、第824條第2項規定，請求裁判分割如附圖二（下稱甲方案）、附圖三（下稱乙方案）或附圖四（下稱丙方案）所示等語。

二、上訴人方面：

(一)張明德表示：請求依附圖五（即彰化縣溪湖地政事務所收件日期文號110年1月27日溪測土字第112號土地複丈成果圖，下稱丁方案）所示方法分割等語。

(二)張正男、張正行表示：請求依附圖六（即彰化縣溪湖地政事務所收件日期文號110年5月20日溪測土字第706號土地複丈成果圖，下稱戊方案）所示方法分割等語。

01 (三)其餘視同上訴人則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作
02 何聲明或陳述。

03 三、原審以視同上訴人除張明德、張正男外，餘均正經合法通
04 知，無正當理由未於言詞辯論期日到場，准被上訴人之聲請
05 而為一造辯論，並判命系爭土地應分割如張明德之丁方案所
06 示。上訴人不服，提起上訴。

07 四、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
08 判決，而將該事件發回原法院，但以因維持審級制度認為必
09 要時為限；前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造
10 同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決；前開
11 廢棄發回原法院之判決，得不經言詞辯論為之，民事訴訟法
12 第451條第1項、第2項、第453條分別定有明文。又所謂第一
13 審之訴訟程序有重大之瑕疵因維持審級制度認為必要，而得
14 將該事件發回原法院者，係指第一審違背訴訟程序之規定，
15 其違背與判決內容有因果關係，或訴訟程序違背規定，若不
16 將事件發回，自與少經一審級無異，而不適於為第二審辯論
17 及裁判之基礎而言（最高法院48年台上字第127號、86年度
18 台上字第3069號裁判意旨參照）。又當事人之一造係因未受
19 合法通知致未到場應訴，第一審法院遽依他造之聲請，准由
20 其一造辯論而為判決，其訴訟程序自有重大瑕疵（最高法院
21 69年台上字第3752號裁判意旨參照）。

22 五、經查：

23 (一)本件被上訴人於原審起訴請求分割共有物，除上訴人及視同
24 上訴人張明德、張正男到庭外，餘視同上訴人均未曾於原審
25 言詞辯論期日到庭，原法院並於民國110年8月19日最後言詞
26 辯論期日依被上訴人聲請一造辯論而為判決，有該次言詞辯
27 論期日報告單、筆錄在卷可稽（見原審卷二第7-13頁）。

28 (二)按民事訴訟法關於公示送達，係採當事人送達主義，除有民
29 事訴訟法第149條第3項或第150條之情形外，原則上須經當
30 事人之聲請，法院始得准許公示送達，否則法院不得逕依職
31 權命為公示送達。而民事訴訟法第149條第3項雖規定同條第

01 1項所列各款情形，如無人為公示送達之聲請者，受訴法院
02 為避免訴訟遲延認有必要時，得依職權命為公示送達。然其
03 前提要件必須係無人聲請公示送達，致訴訟程序無法進行，
04 法院為避免訴訟遲延而認有必要時，始得例外依職權為公示
05 送達。次按民事訴訟法第149條第1項第1款規定所謂「應為
06 送達之處所不明者」，係指已用相當之方法探查，仍不知其
07 應為送達之處所者而言（最高法院98年度台上字第957號裁
08 定要旨參照）。查：

09 1.被上訴人於109年4月29日即檢附全體共有人之戶籍謄本，並
10 於同年7月3日主張視同上訴人張瑞恩戶籍設於戶政事務所，
11 而視同上訴人張峻維則係遷出國外，均無法送達，聲請公示
12 送達等語（見原審卷一第75-77、117頁），原審即就應送達
13 被上訴人之起訴狀繕本及109年7月30日第一次言詞辯論期日
14 通知書，逕依聲請為公示送達，有公示送達公告附卷可按
15 （見原審卷第119-121），固非無據。

16 2.惟據上訴人張正行於原審曾具狀陳明視同上訴人張峻維目前
17 定居美國就業中，又因疫情因素不克返臺，暫由本人代言
18 （見原審卷一第143頁），視同上訴人張峻維似非處於失聯
19 之狀態；然原審未依卷內現存資料請上訴人陳報視同上訴人
20 張峻維國外之居所地，或命補其委任狀，復未向外交部函查
21 視同上訴人張峻維有無國外之地址，難認已用相當之方法探
22 查。揆諸上開說明，原審依民事訴訟法第149條第1項規定，
23 依聲請對視同上訴人張峻維為公示送達，於法不合。

24 (三)綜上所述，視同上訴人張峻維未受合法通知致未能於言詞辯
25 論期日到場應訴，原審遽依被上訴人之聲請，准予一造辯論
26 而為實體之判決，其訴訟程序自有重大瑕疵，且攸關視同上
27 訴人張峻維之訴訟權及審級利益。茲因被上訴人張峻維並未
28 到庭，而上訴人亦表明於其他共有人取得全體共有人之同
29 意，才請求由本院繼續審理等語，而本件迄未能取得兩造同
30 意由本院為裁判，為維持審級制度，自有將本件發回原法院
31 更為裁判之必要。爰不經言詞辯論，將原判決廢棄，發回原

01 法院為適法之裁判，俾符法制。

02 六、據上論結，本件原審之訴訟程序有重大瑕疵，依民事訴訟法
03 第451條第1項、第453條，判決如主文。

04 中 華 民 國 111 年 2 月 24 日

05 民事第六庭 審判長法官 楊熾光

06 法官 戴博誠

07 法官 莊宇馨

08 正本係照原本作成。

09 不得上訴。

10 書記官 黃粟儀

11 中 華 民 國 111 年 2 月 24 日