臺灣臺南地方法院民事判決

109年度簡上字第81號

上　訴　人　鍾雲湘
　　鍾雲正
上二人共同
訴訟代理人　黃進祥律師
　　黃建雄律師
　　蔡志宏律師
視同上訴人　陳萬居
　　陳素梅
　　陳萬來
　　陳萬吉
　　魏陳素琴
000000000000000000
　　陳素妮
　　陳萬成
被上訴人　　魏國庭
訴訟代理人　魏博和

上列當事人間請求拆屋還地事件，上訴人對於民國109年2月12日本院新市簡易庭108年度新簡字第371號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決廢棄，發回本院新市簡易庭。

事實及理由

一、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，而將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認為必要時為限；又前開判決，得不經言詞辯論為之，民事訴訟法第451條第1項、第453條定有明文。所謂訴訟程序有重大瑕疵者，係指第一審違背訴訟程序之規定，其違背與判決內容有因果關係，或因訴訟程序違背規定，不適於為第二審辯論及判決之基礎者（最高法院48年度台上字第127號判例意旨

參照）。次按房屋之拆除，為事實上之處分行為，未經辦理所有權第一次登記之建物，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限（最高法院95年度臺上字第98號判決參照）；再按共有物之處分，應得共有人全體之同意，此觀民法第819條第2項之規定自明。故訴請共有人除去共有物，應以共有人全體為被告，當事人始為適格，其為訴訟標的之法律關係，於共有人全體有法律上之利害關係，對於共同訴訟人之全體即屬必須合一確定（最高法院86年度臺上字第1474號裁判參照）。又按當事人應為送達之處所不明者，受訴法院得依聲請，准為公示送達，民事訴訟法第149條第1項第1款定有明文。所謂「應為送達之處所不明者」，係指已用相當之方法探查，仍不知其應為送達之處所者而言。另依民事訴訟法第386條第1款規定，言詞辯論期日不到場之當事人未於相當時期受合法之通知，法院應以裁定駁回一造辯論判決之聲請。倘當事人之一方未受合法通知致未到場應訴，原審遽依他造之聲請，准由其一造辯論而為判決，其訴訟程序，自有重大瑕疵，上訴審法院自應將第一審判決廢棄，發回更為審理（最高法院69年台上字第3752號判例意旨參照）。

二、經查：

(一)本件被上訴人起訴主張其所有坐落臺南市○○區○○○○段000○0○000○0地號土地（下分別稱系爭506之1、506之3地號土地，或合稱系爭土地）遭訴外人鍾明、鍾陳素蘭所共同興建之門牌號碼臺南市○○區○○○○000號未保存登記建物（下稱系爭房屋）無權占用，嗣鍾明、鍾陳素蘭已死亡，由鍾明之子即上訴人鍾雲湘、鍾雲正及鍾陳素蘭之兄弟姊妹即視同上訴人陳萬來、陳萬居、陳萬吉、陳萬成、魏陳素琴、陳素妮、陳素梅共同繼承系爭房屋，爰請求上訴人及視同上訴人拆除系爭房屋並返還占用之土地，另視同上訴人陳萬居、陳素梅則應自系爭房屋遷出等語。其中被上訴人主張系爭房屋由上訴人及視同上訴人共同繼承自鍾明、鍾陳素蘭而公同共有乙情，業據其提出系爭土地登記第一類謄本，及

鍾明、鍾陳素蘭之繼承系統表、除戶戶籍謄本、暨全體繼承人現戶戶籍謄本等件為證（本院108年度新調字第51號卷【下稱調字卷】第21至23、109至111、43、51、45至49、53、55至61頁），且為上訴人鍾雲湘、鍾雲正於原審及上訴後均不爭執，視同上訴人陳萬居、陳素梅、陳萬來、陳萬吉、魏陳素琴、陳素妮、陳萬成則未曾到庭或提出書狀為任何陳述或答辯，應認被上訴人此部分主張與事實相符而可採。則系爭房屋既為上訴人與視同上訴人所公同共有，揆諸上揭最高法院判決意旨，本件訴訟自應就上訴人及視同上訴人之全體必須合一確定。

(二)而本件視同上訴人陳萬吉自民國108年8月21日起設籍居住在「臺南市○區○○路000號4樓之14」乙情，有其個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果1紙，及臺南市政府警察局第五分局109年9月18日南市警五偵字第1090464828號函覆查訪結果存卷可稽（本院108年度簡上字第81號卷【下稱簡上卷】第71、335、341頁）。然查原審因先前調解程序期日通知寄送視同上訴人陳萬吉舊戶籍地址「臺南市○區○○路000巷00號2樓之4」，經郵政機關以應受送達人已遷移不明為由退回，原審乃逕於108年12月18日對視同上訴人陳萬吉行公示送達言詞辯論期日通知書，並於109年1月20日言詞辯論期日依被上訴人之聲請，准為一造辯論判決乙情，則有視同上訴人陳萬吉之戶籍謄本、送達證書、公示送達公告、言詞辯論筆錄等附卷可考（調字卷第47、79頁、本院108年度新簡字第371號卷第147、167至170頁）。是以，視同上訴人陳萬吉既早於108年8月21日即已遷籍居住於臺南市○區○○路000號4樓之14，原審未對新址為送達，即逕於108年12月18日對其為上開公示送達，足徵原審對視同上訴人陳萬吉之送達並不合法，尚不生合法送達之效力至為明確。嗣於109年1月20日之言詞辯論程序中，視同上訴人陳萬吉因未經合法送達，致未到場應訴，原審依被上訴人之聲請，以視同上訴人陳萬吉業經合法通知無正當理由未到庭為由，准為一造辯論並本

於該辯論而為判決，其訴訟程序即有重大瑕疵。經本院函請視同上訴人陳萬吉於文到後7日內具狀表明是否同意由本院逕依第二審程序就本事件為裁判，該函於109年10月14日寄存於視同上訴人陳萬吉上開戶籍地址，於同年月24日發生送達之效力，惟視同上訴人陳萬吉迄未具狀表示同意由本院自為實體之裁判，以補正上開訴訟程序之瑕疵（見簡上卷第112-1頁本院函稿、同卷第351頁送達證書）。為維持訴訟當事人之審級利益而保障其程序權，自有將本件發回原法院更為裁判之必要。爰不經言詞辯論，由本院將原判決廢棄，發回原審另為適法之處理。

三、據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第436條之1第3項、第451條第1項、第453條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　19　　日

民事第三庭　審判長法　官　黃聖涵

法　官　羅郁棣

法　官　許嘉容

以上正本證明與原本無異。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　19　　日

書記官　謝靜茹