

臺灣高等法院臺南分院民事判決

114年度上字第63號

上 訴 人

即原審本訴原

告與反訴被告 陳吳美瑩

吳美玉

吳美蓉

兼 共 同

訴 訟 代 理 人 吳美靜

被上訴人

即原審本訴被

告與反訴原告 林育如

吳明翰

共 同

訴 訟 代 理 人 黃紹文律師

上列當事人間請求履行契約事件，上訴人對於民國114年1月20日臺灣臺南地方法院113 年度訴字第1134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，發回臺灣臺南地方法院。

事實及理由

一、上訴人本訴主張及反訴答辯：

緣被上訴人即原審反訴原告林育如、吳明翰分別為訴外人吳俊德之妻及長子，而訴外人吳周雲娥為吳俊德之母。吳俊德死亡後，吳周雲娥於民國97年10月16日與被上訴人簽立協議書，約定：「一、甲方（即林育如等2人，下同）同意遵照被繼承人吳俊德於90年7月29日簽立之切結書，同意將上開不動產（即系爭房地，下同）交由乙方（即吳周雲娥，下同）管理收益，甲方若欲出售，應得乙方同意，並應將出售價金二分之一交付乙方，乙方則應配合塗銷抵押權。二、若甲方遵守上述協議之情形下，乙方不得任意行使抵押權，拍

01 賣抵押物，但若甲方違反上述約定，則乙方除得向甲方催討
02 甲方繼承吳俊德之債務新臺幣（下同）參佰萬元，並實施抵
03 押權外，亦可請求登記上開不動產二分之一的權利」等語；
04 又吳周雲娥於97年11月13日書寫自書遺囑（下稱系爭遺
05 囑），該遺囑第2點並載明：「本人過世後將所有遺產給女
06 兒吳美瑩、吳美玉、吳美蓉、吳美靜繼承：如附件97年10月
07 16日協議書所載所得主張之○○市○○路000號0樓不動產使
08 用收益之權利，及出售後可取得二分之一價金或請求登記房
09 地二分之一持分之權利，均由前述女兒共同繼承」等語。而
10 吳周雲娥生前將系爭房地出租他人經營之「000000（○
11 ○）」髮廊，每月租金為40,000元，租期仍未屆至。吳周雲
12 娥於112年6月14日死亡，即依系爭遺囑所載，上訴人繼承系
13 爭協議書之權利義務關係。依系爭協議書及系爭遺囑，上訴
14 人自得向被上訴人請求移轉登記系爭房地，爰依民法第828
15 條、第271條以及系爭協議書第2條及系爭遺囑第2條等約
16 定，提起本件訴訟（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明
17 不服，提起上訴）。並上訴聲明：（一）先位聲明：1.被上訴人
18 林育如應將系爭土地應有部分各移轉1/96登記予上訴人等4
19 人；2.被上訴人吳明翰應將系爭土地應有部分各移轉1/96登
20 記予上訴人等4人；3.被上訴人林育如應將系爭房屋應有部
21 分各移轉1/16登記予上訴人等4人；4.被上訴人吳明翰應將
22 系爭房屋應有部分各移轉1/16登記予上訴人等4人。（二）備位
23 聲明：1.被上訴人林育如應分別給付上訴人等4人各30,000
24 元，及自起訴繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百
25 分之5計算之利息；2.被上訴人吳明翰應分別給付上訴人等4
26 人各30,000元，及自起訴繕本送達之翌日起至清償日止，按
27 週年利率百分之5計算之利息。

28 二、被上訴人反訴主張及本訴答辯則以：

29 系爭協議書之目的，係將系爭房地管理收益所得作為吳周雲
30 娥老年養生之生活基金，被上訴人就系爭房地之部分與吳周
31 雲娥之法律關係，雖與借貸之法律關係有別，惟型態與借貸

01 契約相像，得類推適用民法第470條第1項後段「使用借貸契
02 約未定期限者，應於依借貸之目的使用完畢時返還之」規
03 定，因此，吳周雲娥死亡後，系爭協議書之目的已不存在，
04 系爭協議書之法律關係因而歸於消滅，上訴人已無從繼承系
05 爭協議書任何權利。爰依系爭協議書提起本件反訴（原審就
06 被上訴人於原審之請求，確認上訴人等4人就被上訴人與吳
07 周雲娥於97年10月16日所訂立之協議書所表彰之系爭土地應
08 有部分1/6及其上系爭房屋建物之管理、使用、收益、處分
09 同意權、請求給付價金權利及請求移轉不動產權利之法律關
10 係不存在）。並答辯聲明：上訴駁回。

11 三、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
12 判決，而將該事件發回原法院，並得不經言詞辯論為之，民
13 事訴訟法第451條第1項、第453條定有明文。所謂第一審之
14 訴訟程序有重大瑕疵，係指第一審違背訴訟程序之規定，其
15 違背與判決內容有因果關係、或因訴訟程序違背規定，不適
16 於為第二審辯論及判決之基礎者而言。諸如當事人於訴訟未
17 經合法代理、審判長未盡闡明義務、應行言詞辯論而未經辯
18 論程序、起訴不備合法要件法院對之逕為本案判決、不備一
19 造辯論之要件而為一造辯論判決等等，均不失為該條所定之
20 重大瑕疵。次按訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟
21 行為之權。但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或
22 再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之，同法第70
23 條第1項亦定有明文。而當事人於訴訟有無經合法代理，不
24 問訴訟程度如何，法院應隨時依職權調查之。

25 四、經查：

26 (一)本件上訴人於112年11月29日提起本訴時，委任蘇清水律
27 師、黃郁庭律師、蘇國欽律師為訴訟代理人（見112年度營
28 司簡調卷第213頁）。被上訴人即原審反訴原告於113年1月2
29 2日提起反訴（見112年度營司簡調卷第237頁）。嗣經原審
30 法官於113年8月15日言詞辯論期日詢問上訴人之本訴訴訟代
31 理人蘇國欽律師有關反訴之答辯部分，經原審本訴訴訟代理

01 人蘇國欽律師表示：反訴部分我們未受委任，我們會將事實
02 轉達給當事人等語（見原審卷第43頁、第44頁），足認原審
03 本訴訴訟代理人蘇清水律師、黃郁庭律師、蘇國欽律師於11
04 3年8月15日言詞辯論時即已未受上訴人委任擔任原審反訴之
05 訴訟代理人無訛。

06 (二)而原審於113年11月12日言詞辯論期日就反訴部分，並未通
07 知上訴人即原審反訴被告，僅通知未受委任之反訴訴訟代理
08 人蘇清水律師、黃郁庭律師、蘇國欽律師，且送達證書上仍
09 記載原告即反訴被告共同訴訟代理人蘇清水律師、黃郁庭律
10 師、蘇國欽律師等語（見原審卷第57頁至第63頁）。及於11
11 3年11月12日言詞辯論期日僅當庭諭知改定113年12月24日續
12 行審理，請兩造應自行到庭，不另通知（見原審卷第81
13 頁）。然113年11月12日言詞辯論期日僅上訴人即原審反訴
14 被告吳美蓉、吳美靜到庭，上訴人即原審反訴被告陳吳美
15 瑩、吳美玉並未到庭（見原審卷第73頁）。惟蘇清水律師、
16 黃郁庭律師、蘇國欽律師並無擔任上訴人之原審反訴訴訟代
17 理人，已如前述，堪認原審113年11月12日及113年12月24日
18 言詞辯論期日均未合法通知上訴人即原審反訴被告陳吳美
19 瑩、吳美玉。是以，原審反訴部分，就上訴人即原審反訴被
20 告陳吳美瑩、吳美玉於113年11月12日言詞辯論期日及113年
21 12月24日言詞辯論期日，未經原審為言詞辯論期日之通知，
22 在上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉未到場之情況
23 下，原審於113年11月12日言詞辯論期日訊問證人，因未通
24 知上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉到庭，剝奪上訴
25 人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉依民事訴訟法第320條
26 聲請審判長對於證人為必要之發問之權利，更於113年12月2
27 4日言詞辯論期日未經合法通知上訴人即原審反訴被告陳吳
28 美瑩、吳美玉，逕為一造辯論判決，顯然原審反訴訴訟程序
29 有重大瑕疵，若未將該反訴發回，自與少經一審級無異，且
30 不適於為第二審辯論及判決之基礎。

31 (三)又上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉於本院復陳明，

01 因上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉於原審反訴未委
02 任蘇清水律師、黃郁庭律師、蘇國欽律師為訴訟代理人，而
03 蘇國欽律師在未告知上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美
04 玉有關原審113年12月24日言詞辯論情況下，竟於該日言詞
05 辯論期日表示上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉已知
06 悉該日欲進行言詞辯論，而使原審承審法官，依被上訴人聲
07 請而為一造辯論判決，該反訴訴訟程序有重大瑕疵，請求依
08 民事訴訟法第451條規定，廢棄原判決，發回原法院審理，
09 不同意由二審法院自為判決等語（見本院卷一第279頁至第2
10 81頁）。則本件反訴部分無從經由兩造合意，而由本院自為
11 實體裁判，以補正上開訴訟程序重大瑕疵。

12 (四)上訴人之本訴係主張吳周雲娥於97年10月16日與被上訴人簽
13 立系爭協議書，依系爭協議書，吳周雲娥得請求被上訴人將
14 系爭土地應有部分1/6及其上系爭房屋應有部分1/2所有權移
15 轉登記予吳周雲娥，而吳周雲娥於112年6月14日死亡，上訴
16 人依照吳周雲娥先前於97年11月13日所書寫之系爭遺囑，繼
17 承吳周雲娥關於系爭協議書之權利義務，故本訴先位請求：
18 被上訴人林育如應將「系爭土地應有部分1/96」及「系爭房
19 屋應有部分移轉1/16」各別移轉登記予上訴人，被上訴人被
20 告吳明翰應將「系爭土地應有部分1/96」及「系爭房屋應有
21 部分移轉1/16」各別移轉登記予上訴人；本訴備位請求：被
22 上訴人林育如應分別給付上訴人等4人各3萬元及法定遲延利
23 息；被上訴人吳明翰應分別給付上訴人等4人各3萬元及法定
24 遲延利息。而於訴訟繫屬中，被上訴人主張系爭協議書所表
25 彰之法律關係為一身專屬權，不得繼承，提出反訴請求：確
26 認上訴人即原審反訴被告就系爭協議書所表彰之系爭房地之
27 管理、使用、收益、處分同意權、請求給付價金權利及請求
28 移轉不動產權利之法律關係不存在。是以本件系爭協議書是
29 否具有一身專屬性，均涉及本件本訴及反訴是否有理由之先
30 決問題，原審反訴部分之訴訟程序有重大瑕疵，業如前述，
31 上訴人即原審反訴被告陳吳美瑩、吳美玉已具狀表明不同意

01 由本院就反訴為第二審裁判，已如前述，為維護當事人之審
02 級利益，原審關於反訴所為裁判應予廢棄；又反訴為被上訴
03 人利用本訴程序所提起，且本訴及反訴均涉及之先決問題即
04 系爭協議書是否具有一身專屬性，為免裁判歧異及統一解決
05 紛爭，故本訴與反訴應合併辯論及裁判，爰不經言詞辯論，
06 將原判決之本訴與反訴一併廢棄發回原法院更為審理裁判。

07 五、從而，上訴人指謫原判決不當，求予廢棄，為有理由。爰不
08 經言詞辯論，由本院將原判決廢棄，發回原審法院另為適法
09 之裁判。

10 六、據上論結，本件上訴為有理由。爰判決如主文。

11 中 華 民 國 114 年 12 月 24 日
12 民事第五庭 審判長法官 張季芬

13 法官 王雅苑

14 法官 葉淑儀

15 上為正本係照原本作成。

16 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
17 未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書
18 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
19 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
20 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
21 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
22 師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

23 中 華 民 國 114 年 12 月 24 日

24 書記官 鄭瓊琳

25 **【附註】**

26 民事訴訟法第466條之1：

27 (1)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
28 訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

01 (2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人
02 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
03 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

04 民事訴訟法第466條之2第1項：

05 上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第
06 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。