

臺灣高等法院民事判決

109年度重上更一字第184號

上訴人 林諺鴻  
林詩涵  
林鈺惠  
林育瑩  
林家宏

林志諺

共同

訴訟代理人 林永頌律師  
陳怡君律師

視同上訴人 林淑嬌  
林秀其  
林淑娥  
劉立慈

被上訴人 柏美建設股份有限公司

法定代理人 蔡啟芳

訴訟代理人 蔡玫真律師  
莊秀銘律師  
楊鎮宇律師  
周哲宇

上列當事人間請求確認房屋所有權存在事件，上訴人對於中華民國106年7月31日臺灣臺北地方法院104年度訴字第3286號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院不經言詞辯論，判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣臺北地方法院。

事實及理由

01 一、本件被上訴人法定代理人原為周杉益，嗣於民國110年8月30  
02 日變更為蔡啟芳，業據其於110年9月16日具狀聲明承受訴  
03 訟，並有公司變更登記表為憑（見本院更字卷二第137-141  
04 頁），核與民事訴訟法第170條、第175條第1項規定相符，  
05 應予准許。

06 二、按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟  
07 人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；  
08 不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第56條第1項第1  
09 款定有明文。該條項所謂合一確定，係指依法律之規定必須  
10 數人一同起訴或一同被訴，否則當事人之適格有欠缺，原告  
11 即因此不能得本案之勝訴判決。又所謂共同訴訟人中一人之  
12 行為，有利益於共同訴訟人或不利益於共同訴訟人，係指於  
13 行為當時就形式上觀之，有利或不利於共同訴訟人而言。非  
14 指經法院審理結果有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其  
15 效力不及於共同訴訟人而言，故共同訴訟人中之一人，對於  
16 下級法院之判決聲明不服提起上訴，在上訴審法院未就其內  
17 容為審判之前，難謂其提起上訴之行為對於他共同訴訟人不  
18 利，其效力應及於共同訴訟人全體，即應視其上訴為共同訴  
19 訟人全體所為（最高法院100年度台上字第2098號判決參  
20 照）。本件原係由原審原告林秀其、林淑娥起訴，主張訴外  
21 人林添福（於民國98年4月26日死亡）、翁猜（於94年7月1  
22 日死亡）為夫妻，育有林秀雄（於77年6月8日死亡）、林鼎  
23 盛（於99年10月22日死亡）、林明堂（於98年12月4日死  
24 亡）、林秀其、林淑娥、林淑嬌等6名子女，林諺鴻、林詩  
25 涵、林鈺惠、林育瑩（下稱林諺鴻等4人）為林秀雄之子  
26 女，林家宏、林志諺（下稱林家宏等2人，與林諺鴻等4人合  
27 稱上訴人）為林鼎盛之子，劉立慈（下逕稱其姓名）為林明  
28 堂之配偶，林佳樺、林佳芳、林如、林彤群（下稱林佳樺等  
29 4人，與劉立慈合稱劉立慈等5人）則為林明堂之子女。門牌  
30 號碼臺北市○○區○○路000號1樓及地下室（應有部分1/  
31 2，下稱000號房屋）、臺北市○○區○○街00巷00號3樓

（下稱00號房屋，與000號房屋合稱系爭房屋）為林添福、翁猜所有，於翁猜、林添福相繼死亡後，應為全體繼承人共同共有，然為被上訴人所否認，故起訴請求確認其等對於系爭房屋之所有權存在（林淑娥另起訴請求確認其對於門牌號碼臺北市○○區○○街00巷00號3樓房屋之所有權存在部分，原審判決其敗訴後，未據上訴，非本院審理範圍，不予贅述）。原審認本件係就共同共有物為權利行使之行為，應屬固有必要共同訴訟，而依林秀其、林淑娥之聲請，於106年4月5日裁定命林諺鴻等4人、林家宏等2人、劉立慈等5人、林淑嬌追加為原告（見原審卷四第4、5頁），並判決原告敗訴。嗣劉立慈於發回前之本院審理中提出遺產分割協議書及繼承系統表等，主張林明堂之全體繼承人即劉立慈等5人已協議將林明堂對於系爭房屋之持分均歸由劉立慈繼承（見本院上字卷一第495-501頁、卷二第97-149頁）。是本件訴訟標的對於上訴人、林秀其、林淑娥、林淑嬌、劉立慈必須合一確定，核屬固有必要共同訴訟。是原審判決後，雖僅上訴人提起上訴，惟依民事訴訟法第56條第1項第1款前段規定，其效力應及於未上訴之同造當事人林秀其、林淑娥、林淑嬌、劉立慈（下稱視同上訴人，單指其一，逕稱姓名），爰併列渠等為視同上訴人；至林佳樺等4人則無庸列為視同上訴人，以上合先敘明。

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；前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決；前開廢棄發回原法院之判決，得不經言詞辯論為之，民事訴訟法第451條第1項、第2項、第453條分別定有明文。又所謂第一審之訴訟程序有重大之瑕疵因維持審級制度認為必要，而得將該事件發回原法院者，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，或訴訟程序違背規定，若不將事件發回，自與少經一審級無異，而不適於為第二審辯論

及裁判之基礎而言（最高法院48年台上字第127號判例、86年度台上字第3069號判決意旨參照）。又按民事訴訟法第149條第1項所謂「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。是以公示送達為意思表示之通知，僅因當事人「拒收」、「逾期招領」或「人在國外」等原因致未受送達，而非應為送達處所不明者，即與公示送達之法定要件不合（最高法院87年度台抗字第582號裁判要旨可參）。且必已依民事訴訟法第149條第1項規定合法為公示送達後，對於同一當事人仍應為公示送達者，始有同法第150條規定依職權公示送達之適用。再按當事人一造係因未受合法通知致未到場應訴，第一審法院遽依他造之聲請，准由其一造辯論而為判決，其訴訟程序，自有重大瑕疵（最高法院69年台上字第3752號判例意旨參照）。  
經查：

(一)次按民法第20條第1項之規定，依一定事實足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。顯見我國民法關於住所之設定，兼採主觀主義及客觀主義之精神，必須主觀上有久住一定地域之意思，客觀上有住於一定地域之事實，該一定之地域始為住所，故住所並不以登記為要件，戶籍登記之處所固得資為推定住所之依據，惟倘有客觀之事實，足認當事人已久無居住該原登記戶籍之地域，並已變更意思以其他地域為住所者，即不得僅憑原戶籍登記之資料，一律解為其住所（最高法院97年度台抗字第118號裁判意旨參照）。又對於當事人之送達，有於外國為送達，不能依第145條之規定辦理，或預知雖依該條規定辦理而無效者，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3款亦有明定。另當事人既多次入出國境，且在國外居住時間均較在國內居住者為長，自難認其在法院為公示送達時，在國內一定地域有久住之主觀意思及客觀事實。當事人出境前往之國家及國外住所地，既無相關資料可供查詢，自不能依民事訴訟法第145條之規定為送達，則法院將應送達

與當事人之裁定行國外公示送達程序，即屬有據（最高法院98年度台抗字第358號裁判意旨參照），反之即應屬無據。

(二)原審指定106年7月6日為最後言詞辯論期日（下稱原審系爭期日），當日原審共同原告中之林家宏、林志諺、林諺鴻等12人並未到場，原審以其等均經合法通知而未到，依原審被告即被上訴人之聲請由其一造辯論而為判決（見原審卷四第77-79頁）。惟：

1.林家宏係00年0月0日出生，自77年12月31日起出境後，即多次出入國境，每次入境均僅短暫停留，多數不足一個月，於102年間全無入境紀錄，自103年起每年停留國內時間不足2個月，於106年僅在國內停留10日，於原審系爭期日亦不在國內，有其入出境查詢結果可考（見本院更字卷二第533-536頁），且原審於105年11月11日第一次依原告聲請對林家宏為國內外公示送達前（見原審卷三第134頁背面、第226頁），林家宏即於87年8月間在外交部領事事務局填寫其於國外（澳大利亞）之地址，有該局111年10月31日領一字第1115328532號函可查（見本院更字卷三第105、107頁），且可查得之林家宏最後遷徙戶籍址為臺北市○○區○○街00號2樓，有其遷徙紀錄在卷可稽，而原審對該址送達結果為「都更遷移」（見原審卷三第66頁），足認林家宏已久無居住該原登記戶籍之地域，並已變更意思以其他地域為住所，即不得僅憑原戶籍登記之資料，一律解為其住所。而原審未以相當方法探查林家宏是否居住上述國外之澳大利亞址，尚難謂係應受送達處所不明之情，即逕對其為國外公示送達，自有未合，是其再以國外公示送達方式，通知林家宏應於原審系爭期日到場（見原審卷四第22-24頁），難謂已合法通知。

2.林志諺係00年0月0日出生，自78年10月9日出境後，即多次出入國境，每次入境均僅短暫停留，多數不足一個月，於89年1月出境後，迄94年7月始再有入境紀錄，其後仍多次入出國境，自103年起每年停留國內時間多在一個月上下，於106

01 年僅在國內停留20日，於原審系爭期日亦不在國內，有其入  
02 出境查詢結果可考（見本院更字卷二第537-544頁），且原  
03 審於105年11月11日第一次依原告聲請對林志諺為國內外公  
04 示送達前（見原審卷三第134頁背面、第226頁），林志諺即  
05 在94年6月間於外交部領事事務局填寫其於國外（澳大利  
06 亞）之地址，有該局111年10月31日領一字第1115328532號  
07 函可查（見本院更字卷三第105、107頁），而林志諺戶籍雖  
08 設於臺北市○○區○○○路0段000巷00號8樓，有其個人戶  
09 籍資料查詢在卷可考，而原審對該址送達結果為「無此人」  
10 （見原審卷三第50頁），足認林志諺已久無居住該原登記戶  
11 籍之地域，並已變更意思以其他地域為住所。而原審未以相  
12 當方法探查林志諺是否居住上述國外之澳大利亞址，尚難謂  
13 係應受送達處所不明之情，即逕對其為國外公示送達，自有  
14 未合，是其再以國外公示送達方式，通知林志諺應於原審系  
15 爭期日到場（見原審卷四第22-24頁），難謂已合法通知。

16 3.林諺鴻係00年0月0日出生，自84年起亦有多次入出國境情  
17 事，於原審系爭期日前之106年5月15日出境後，迄107年12  
18 月24日始有入境紀錄，有其入出境查詢結果可考（見本院更  
19 字卷二第531、532頁），且依其戶籍之遷徙紀錄顯示，其於  
20 97年間已有地址登記為國外，再於104年6月間將其地址登記  
21 為國外之事實，堪認林諺鴻已久無居住於我國境內之事實，  
22 亦無久住我國境內之意思，是原審依原告陳報地址對林諺鴻  
23 送達，雖經其母代收（見原審卷四第27頁），惟該址既非林  
24 諺鴻之住所或居所，其母即非與其同居之人，自不得依民事  
25 訴訟法第137條規定對之送達，則原審未依同法第145條規定  
26 囑託送達，或於已用相當之方法探查，仍不知其應為送達之  
27 處所後，對其為國外公示送達，原對就上開期日之林諺鴻之  
28 通知，自非合法。

29 4.綜上，原審就系爭期日對於林家宏、林志諺、林諺鴻均未合  
30 法通知，致其等未到場辯論，揆諸前揭規定與說明，原審於  
31 該期日准被上訴人聲請由其一造辯論而為判決，核與民事訴

01 訟法第385條第1款之規定不合，顯害及其3人之訴訟實施  
02 權，是本件原判決之訴訟程序顯有重大瑕疵。

03 (三)原判決訴訟程序既有上開重大瑕疵，且上訴人於本件發回更  
04 審前之本院即一再表明原審訴訟程序有重大瑕疵，請求將原  
05 判決廢棄發回，於發回後仍為相同之主張（見本院上字卷一  
06 第471、472頁、卷二第289頁、更字卷一第48、50頁），本  
07 件顯然未能由兩造全體合意由本院自為裁判，以補正上開訴  
08 訟程序之瑕疵至明（民事訴訟法第451條第2項規定參照）。

09 (四)綜上，原審所踐行訴訟程序既有重大瑕疵，復有維持當事人  
10 審級制度利益之需，又本件訴訟標的對於上訴人必須合一確  
11 定，自有將原判決廢棄發回原審法院更為裁判之必要。爰不  
12 經言詞辯論，將原判決廢棄，發回原法院為適法之裁判，俾  
13 符合法制。

14 四、據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第451條第1  
15 項、第453條，判決如主文。

16 中 華 民 國 111 年 11 月 29 日  
17 民事第二十二庭

18 審判長法 官 張靜女

19 法 官 葉珊谷

20 法 官 范明達

21 正本係照原本作成。

22 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  
23 未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀  
24 （均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具  
25 有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資  
26 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項但  
27 書或第2項所定關係之釋明文書影本。

28 中 華 民 國 111 年 11 月 29 日  
29 書記官 余姿慧