臺灣高等法院民事判決

113年度上字第1268號

上　訴　人　黃宗文

訴訟代理人　陳清進律師
複 代理 人　溫孟寰律師
訴訟代理人　王心瑜律師
被 上訴 人　王息忠

王息慶

王息煌
王貴正
王文珍
王文玲
陳林美錦

陳春金
陳春來

陳春和

陳春標

陳進益
陳振華

陳秀珠

陳德才

陳德全

王婉淑
王婉鈴
王婉惪
王婉孜

王慈華

王志浩
王志成
林明鴻

上 列24 人
共　　同
訴訟代理人　王信凱律師
被 上訴 人　楊連進
施莊蓮

施素瑱
施素瑛

施素瑾
施伯達

施素琬

林施美玉

施美枝
施世榮
邱富濱
邱裕翔
邱子真
王森茂
陳冠百

陳冠蓉
王益宏（兼王明淑之承受訴訟人）

王宗弘（兼王明淑之承受訴訟人）

王宗垣（兼王明淑之承受訴訟人）

王明惠（兼王明淑之承受訴訟人）

王明芬（兼王明淑之承受訴訟人）

王鄭玉珠
王佳瑞

王佳祺
王國交
王勝宏
王謙維
王紹俊(兼王吳居治之繼承人)

王昭杰(兼王吳居治之繼承人)

劉楊鳳嬌

楊阿月

楊阿銀

楊麗穎

潘東琨

王佳怡

楊長春

吳美蘭（即施世華之承受訴訟人）

施秀潔（即施世華之承受訴訟人）

施文翔（即施世華之承受訴訟人）

施文欽（即施世華之承受訴訟人）

邱智顯（即邱富聰之承受訴訟人）

邱智晟（即邱富聰之承受訴訟人）

邱智禕（即邱富聰之承受訴訟人）

施葉美玉（即施世祿之承受訴訟人）

施育仁（即施世祿之承受訴訟人）

施子超（即施世祿之承受訴訟人）

施亞蕙（即施世祿之承受訴訟人）

施忠宏（即施世祿之承受訴訟人）

上列當事人間請求塗銷地上權登記等事件，對於中華民國113年1月24日臺灣宜蘭地方法院110年度重訴字第49號判決提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決廢棄，發回臺灣宜蘭地方法院。

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。並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。又訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響，但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟；前項但書情形，僅他造不同意者，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟，民事訴訟法第254條第1項、第2項分別定有明文。

經查：

㈠被上訴人起訴請求其為坐落○○縣○○鎮○○段000地號土地（下稱系爭土地）之共有人，其上分別設定如附表所示之地上權（下稱系爭地上權），然系爭地上權於訴外人即上訴人之被繼承人黃阿樹及黃阿根（下稱黃阿樹等2人）於38年間聲請設定登記時，未獲當時系爭土地全體所有權人劉松根、陳好會、王長山、王加冬、王條木、劉青木、楊黃阿桃（下稱劉松根等7人）之同意，且斯時無現行土地法第34條之1規定之適用，黃阿樹等2人又未能提出與劉松根等7人有租賃契約或地上權設定合意之證據，亦不符單獨聲請設定地上權之要件，依民法第767條第1項中段、第821條規定，請求上訴人、黃春惠及附表所示地上權人之繼承人等分別塗銷系爭地上權（其中附表編號2至5、7部分，則於各該編號繼

承人辦理繼承登記後，塗銷地上權登記）等語。經查，系爭土地共有人之一陳春鏗於原審言詞辯論終結前，於110年4月7日將其所有系爭土地應有部分全數移轉登記予被上訴人陳林美錦（下稱其名），陳林美錦固於112年2月24日具狀聲請承當訴訟（見原審卷二第119、106頁），原審亦依承當訴訟程序處理，惟其承當訴訟僅獲得王息忠等24人同意（見原審卷四第357頁），未獲其餘原、被告同意，且承當訴訟未如民事訴訟法第262條第4項、第459條第2項之規定，自不得認陳林美錦之承當訴訟已獲兩造同意（本院暨所屬法院93年法律座談會民事類提案第21號參照），原審遽准陳林美錦承當訴訟，並為實體判決，依前揭說明，其訴訟程序自有重大瑕疵，基此所為之判決，亦屬違背法令。

㈡又上開重大瑕疵固得因受不利判決者捨棄責問而補正，惟上訴人提起上訴後直指此部分程序之瑕疵重大，原審所為判決不當，請求本院將之廢棄發回原法院審理（見本院卷一第486頁），已見其不同意由本院審判，且王息忠等24人亦對發回原審，表示沒有意見等語（見本院卷第466頁），而其餘被上訴人均未到庭或具狀陳述意見，為維持審級利益，自有發回原法院更為裁判之必要。另被上訴人於原審已聲明附表編號2至5、7部分，應有如附表各該編號所示之繼承人辦理繼承登記後，塗銷該等地上權（見原審卷四第309頁），惟原審就此漏未判決，亦有疏漏，本件既經發回，原審自宜一併注意，附此敘明。

二、從而，上訴人指摘原審程序有重大瑕疵，求予廢棄，非無理由，且為維持審級制度，自有將本件發回原審法院更為裁判之必要，爰不經言詞辯論，由本院廢棄原判決，發回原法院更為適法之處理，以符法制。

三、據上論結，本件上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　29　　日

民事第六庭

審判長法　官　周美雲

法　官　王　廷

法　官　汪曉君

正本係照原本作成。

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（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項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　29　　日

書記官　戴伯勳

附表：

編號	土地坐落	收件年期	字號	權利人	登記日期	權利範圍	設定權利範圍	存續期間	地上權人之繼承人
1	○○縣○○鎮○○段000地號	80年	羅地字第000000號	黃宗文	80年8月8日	全部1分之1	土地一部	空白	
2		78年	羅地字第000000號	黃秀霞	78年10月16日	9分之1			黃賢德、黃惠珍、黃文玲、黃雅玲、黃輝昌、黃朝國、黃昱賓、黃品綺、林碧玲、林碧眞、林碧昭、

									林靜宜、江世偉、黃春惠、黃鳳如
3				黃輝福					黃賢德、黃惠珍、黃文玲、黃雅玲
4				黃輝興					黃朝國
5				江黃菊惠					江世偉
6				黃春惠					
7				黃鳳美					黃輝昌、黃春惠、黃鳳如