臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第456號

上　訴　人　杜明怡
訴訟代理人　洪士傑律師
被 上訴 人　安信建築經理股份有限公司
法定代理人　周俊吉
訴訟代理人　張宜琪
被 上訴 人　良鑫開發建設股份有限公司
法定代理人　陳淑慧
訴訟代理人　連鳳翔律師
被 上訴 人　星展（台灣）商業銀行股份有限公司
法定代理人　趙亮溪
訴訟代理人　劉瑩玲律師
被 上訴 人　鄭淑玲

上列當事人間請求不動產所有權移轉登記等事件，上訴人對於中華民國107 年4 月26日臺灣士林地方法院106 年度重訴字第491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，發回臺灣士林地方法院。

事實及理由

一、被上訴人星展（台灣）商業銀行股份有限公司法定代理人於上訴後變更為趙亮溪，業據其具狀聲明承受訴訟（見本院卷第497頁），核無不合。

二、上訴人起訴主張：被上訴人鄭淑玲與被上訴人良鑫開發建設股份有限公司（下稱良鑫公司）於民國101 年11月20日簽訂合建契約書（下稱系爭合建契約），約定由鄭淑玲提供坐落臺北市○○區○○段0 ○段000 0000 地號土地為建築基地，良鑫公司出資興建房屋（下稱系爭建案），鄭淑玲並於系爭建案完成時選定D 棟3 至6 樓房屋為受分配標的。嗣鄭淑玲、良鑫公司於102 年12月25日與被上訴人安信建築經理股份有限公司（下稱安信公司）、星展（台灣）商業銀行股份有限公司（下稱星展銀行）簽訂信託契約（下稱系爭信託契

約），由星展銀行、安信公司分別為系爭建案資金及基地、建物之受託人，並於第12條第12項、第13項約定（下稱系爭約款），系爭建案D棟5樓即如原判決附表所示建物、土地（下稱系爭建物、土地，合稱系爭不動產）為鄭淑玲可分得標的之一。伊於103年5月8日與鄭淑玲簽立不動產買賣契約（下稱系爭買賣契約），以新臺幣（下同）1180萬元買受系爭不動產，並已如數給付價金。詎鄭淑玲未依約將系爭不動產移轉登記予伊，反與其他被上訴人於105年8月18日將信託契約內容變更，刪除鄭淑玲可分得系爭不動產等5戶之記載，顯有害於伊依系爭買賣契約取得之權利，依信託法第6條第1項、民法第244條第1項、第2項規定，伊得訴請撤銷該變更之行為。又依系爭信託契約第19條、第8條第9項約定，星展銀行、安信公司依序應將系爭土地、建物移轉登記予鄭淑玲，然鄭淑玲怠為請求，伊並得依民法第242條規定，代位鄭淑玲請求星展銀行塗銷系爭土地之信託登記，回復為鄭淑玲所有；另請求安信公司，將系爭建物移轉登記為鄭淑玲所有，再依系爭買賣契約約定，請求鄭淑玲將系爭不動產移轉登記予伊等情。爰以先位聲明求為判決：㈠被上訴人間就系爭約款於105年8月18日所為變更行為應予撤銷；㈡星展銀行應塗銷系爭土地所有權移轉登記，回復為鄭淑玲所有；㈢鄭淑玲應將系爭土地所有權移轉登記予上訴人；㈣安信公司應將系爭建物所有權移轉登記予鄭淑玲；㈤鄭淑玲應將系爭建物所有權移轉登記予上訴人（以下合稱原審先位聲明）。若上開先位請求無理由，則鄭淑玲與其他被上訴人變更系爭約款，已無法履行出賣人義務而屬給付不能，伊業以起訴狀繕本送達為解除契約之意思表示，得依民法第259條第1款、第2款規定，請求鄭淑玲返還已給付之價金。爰以備位聲明求為命鄭淑玲給付1180萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決，並願供擔保聲請宣告假執行（原審為上訴人先位之訴敗訴、備位之訴勝訴之判決，上訴人就其先位之訴敗訴部分提起上訴，備位之訴隨同移審

）。其上訴聲明為：原判決廢棄，改判如原審先位聲明所示。

三、民事訴訟法第138條所規定之寄存送達，限於不能依同法第136條及第137條規定為送達者，始得為之。倘其送達之處所並非應受送達人之住居所、事務所、營業所或就業處所，即不得於該處所行寄存送達。又言詞辯論期日當事人之一造不到場者，法院固得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決，惟不到場之當事人未於相當時期受合法之通知者，法院應以裁定駁回其聲請，並延展辯論期日。否則，若依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為未到場人敗訴之判決者，其踐行之訴訟程序即有重大瑕疵。而第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院因維持審級制度認為必要時，得廢棄原判決，將該事件發回原法院，並得不經言詞辯論為之，此觀民事訴訟法第451條第1項、第453條規定甚明。

四、鄭淑玲原雖設籍於基隆市○○區○○○街○○巷○○號5樓，惟其自105年8月24日出境後，未再入境，且自106年3月間起，即受刑事偵查通緝，上開戶籍並因其出境未歸，遭逕為遷出國外之登記，此有戶籍資料、通緝及入出境紀錄可稽（見本院卷第555、559、557頁）。原審囑託基隆市警察局至上開戶籍地址查訪，據鄭淑玲之母於107年1月7日表示：鄭淑玲未居住該戶籍地，無聯絡方式，不知其住處等語（見原審卷第234至237頁）。堪認鄭淑玲自105年8月24日出境後，上開戶籍地址已非其住居所、事務所、營業所或就業處所，可以確定。安信公司稱鄭淑玲未廢止該戶籍地之住所云云，並不可採。則依前揭說明，不得於該戶籍地址對鄭淑玲為寄存送達。乃原審仍將107年3月29日言詞辯論期日通知書，於該戶籍地址向鄭淑玲為寄存送達（見原審卷第306頁），其送達自不合法。

五、鄭淑玲既未於上開言詞辯論期日前相當時期受合法通知，原審於該期日准許上訴人聲請，對鄭淑玲為一造辯論判決，所踐行之訴訟程序即有重大瑕疵。且鄭淑玲現應受送達處所不

明，本院無從因兩造同意而得自為裁判，以補正上開訴訟程序之瑕疵。上訴意旨雖未指摘及此，惟原判決程序既有重大瑕疵，即無可維持，應認上訴為有理由。而原審未經合法通知即為鄭淑玲敗訴之判決，為維護鄭淑玲之審級利益，有將本件發回原法院更為合法辯論、裁判之必要。又上訴人先位之訴各項請求均涉及鄭淑玲與其他被上訴人間之權利義務關係，為免裁判歧異，應將先位之訴全部發回。其備位之訴因先位之訴之上訴而移審，應併予發回。爰不經言詞辯論，將原判決廢棄，發回原法院重行審理。

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

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　22　　日

民事第十六庭

審判長法　官　鍾任賜

法　官　邱育佩

法　官　黃明發

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（詳附註）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　　108　　年　　5　　月　　22　　日

書記官　康翠真

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為

法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。