分割共有物訴訟之撤回上訴

—兼評最高法院101年度台再字第29號判決*

文／張劍男

壹 案情概要

原告甲等共4人（以下簡稱甲）對被告乙等共10人（以下簡稱乙）提起分割共有物之訴（全體共有人計14人），第一審法院以當事人不適格為由判決駁回甲之訴，甲不服提起上訴，第二審程序中上訴人甲具狀撤回上訴，被上訴人乙具狀表示不同意上訴人甲撤回上訴，第二審法院乃續行訴訟，經兩造為言詞辯論後，將原判決廢棄而為實體判決，依職權為裁判分割（按：分割共有物之訴，法院不受當事人關於分割方法聲明之拘束）。甲不服提起第三審上訴，經最高法院以上訴無理由判決駁回。（甲所提上訴理由，並未指摘其於第二審程序中具狀撤回上訴後，第二審法院仍續行訴訟並為裁判之不當。故最高法院僅斟酌審究甲所提之上訴理由，而為上訴無理由之判決。又甲於第一、二、三審均委任同一律師為訴訟代理人。）

甲於最高法院判決確定後30日內，委任另一律師為訴訟代理人，具狀向第二審法院對第二、三審判決提起再審之訴，並依法繳納裁判費，嗣具狀撤回對第二審判決部分之再審之訴，並聲請將其對第三審判決所提再審之訴部分移送最高法院，第二審法院遂將甲對第三審判決所提再審之訴，裁定移送最高法院審理。最高法院審理後認為原確定之第三審判決，並無甲所指適用法規顯有錯誤之情事，判決駁回甲所提再審之訴。因第二審法院將卷證移送最高法院後，甲未再補提其他理由書狀，指摘最高法院原確定判決有何其他適用法規顯有錯誤之理由，故最高法院僅就甲最初向第二審法院所提再審書狀記載之理由予以審究後，判決駁回再審之訴，並於理由欄之末段記載：「末查，再審原告固於97年10月23日前程序第二審審理中具狀撤回上訴，惟再審被告具狀表示不同意再審原告撤回上訴，故本件繼續審理，並無違誤，併予敘明」。

甲再對上開確定之再審判決，以有民事訴訟法第496條第1項第1款適用法規顯有錯誤為理由，於法定期間內向最高法院提起第二次再審之訴。再遭最高法院以再審之訴無理由判決駁回，其與本文有關之主要理由為：「提起請求分割共有物之訴，必須由共有人中之一人或數人以他共有人全體為被告一同起訴或一同被訴，其訴訟標的對於當事人兩造必須合一確定，乃屬固有的必要共同訴訟。該共同訴訟人中之一人或數人（非全體）撤回上訴者，為不利於他共同訴訟人乃至他共有人之行為，除經其同意外，對於全體不生效力，即不生撤回上訴之效果，法院自應續行審理併予裁判。……原確定判決以再審原告（甲）雖於97年10月23日前訴訟程序第二審審理中具狀撤回上訴，但再審被告（乙）已具狀表示不同意再審原告撤回上訴，本件自得繼續審理，爰駁回再審之訴，未採再審原告關此所陳見解，核無適用法規顯有錯誤之情事」。（參見最高法院101年度台再字第29號判決）

貳 固有的必要共同訴訟

本事件涉及民事訴訟程序上的法律問題為：「固有的必要共同訴訟，上訴人撤回上訴，應否經被上訴人之同意，始生效力。」茲先分別就「固有的必要共同訴訟」及「上訴人撤回上訴」，與本事件有關者予以簡要說明。

按單一原告對於單一被告，以一項法律關係為訴訟標的，提起之訴訟，謂之單一之訴。單一原告對於單一被告就數項法律關係一併起訴，或單一原告對於多數被告、多數原告對於單一被告、多數原告對於多數被告就一項或數項法律關係，一併提起之訴訟，均謂之合併之訴或訴之合併。

合併之訴或訴之合併，可分為主觀的訴之合併與客觀的訴之合併，因訴訟型態之多樣化，故在訴訟實務上常有上開兩種合併並存之情形。客觀的訴之合併又稱訴訟客體之合併，因觀察方法之不同，得分為單純之合併、預備之合併、選擇之合併及重疊（競合）之合併。主觀的訴之合併，又稱訴訟主體之合併，以共同訴訟之數人對於為訴訟標的之法律關係是否必須合一確定為準，得分為普通共同訴訟及必要共同訴訟二種；必要共同訴訟，又可分為固有的必要共同訴訟及類似的必要共同訴訟。

所謂固有的必要共同訴訟者，即依法律規定或依法律規定之精神（法理），必須數人一同起訴或一同被訴，法院始得對之為實體判決之共同訴訟。因訴訟標的對於數人必須合一確定，非由該數人一同起訴或一同被訴，即不能認其為適格之當事人，法院應以原告之訴「當事人不適格」為由，判決駁回之。其依法律規定者，例如：由第三人提起婚姻訴訟者，應以夫妻為共同被告是（102年5月8日刪除之第569條、家事事件法第39條第2項參照）；其依法律規定之精神（法理）者，例如：民法第244條第2項規定之撤銷之訴，因係撤銷雙方行為，必須以債務人及受益人為共同被告。又如：原告提起請求確認他人間法律關係存在或不存在之訴，應以該他人全體為共同被告是。民法第824條分割共有物之訴，則須由主張分割之共有人一人或數人為原告，以反對分割之其他共有人全體（一人或數人）為被告，其當事人始為適格（也就是，原告一方之當事人，加計被告一方之當事人，必須為全體共有人，始為當事人適格，不能缺少任何一位共有人，否則即為當事人不適格）。

固有的必要共同訴訟，依第 56 條第1款後段規定，共同訴訟人中一人所為不利益於全體共同訴訟人之行為，對於全體不生效力。惟該行為如經其他共同訴訟人全體之同意，則對於共同訴訟人全體即生效力。例如：共同原告中一人所為訴訟標的之捨棄、自認、撤回起訴或撤回上訴，非經他共同原告全體之同意，對於共同原告全體不生效力；反面言之，各該行為若經他共同原告全體之同意，對於共同原告全體即生效力，與對造即被告或共同被告無任何關涉。又如：共同被告中一人所為訴訟標的之認諾、自認、撤回上訴，非經他共同被告全體之同意，對於共同被告全體不生效力；反面言之，各該行為若經他共同被告全體之同意，對於共同被告全體即生效力，與對造即原告或共同原告無任何關涉。準此，撤回上訴為不利於共同上訴人（即共同訴訟人）之行為，故共同上訴人中一人所為之撤回上訴，非經他共同上訴人全體之同意，對於共同上訴人全體，固然不生效力；但倘經共同上訴人全體一致同意而撤回上訴，則無論以書狀或言詞向法院或受命法官為之，均生效力，與對造即被上訴人或共同被上訴人無任何關涉，毋庸對造即被上訴人或共同被上訴人之同意。

參 撤回上訴

原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意，第 262 條第 1 項規定甚明。至於原告（不論上訴人或被上訴人）在第二審或第三審程序中，欲撤回起訴者，除該訴訟事件始終未經被告到庭參與言詞辯論者外，亦應得被告之同意，始生撤回起訴之效力。

上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意，為第459條第1項所明定。依同條第4項有關準用之規定，僅明白規定準用第262條第2項至第4項，是第262條第1項規定不在準用之列，殊為明確、無庸置疑。故上訴人於終局判決前撤回上訴，如被上訴人未為附帶上訴，無論該事件被上訴人是否曾經言詞辯論，均無須被上訴人之同意。

當事人撤回上訴生效後，上訴程序因而終結，該訴訟事件之訴訟繫屬即歸消滅，下級審判決即因而確定，上訴審法院毋庸亦無權就該事件再予裁判。此一原則，無論在任何民事訴訟事件均有其適用，並無例外，亦即不論給付之訴、確認之訴或形成之訴，單一之訴或合併之訴（包括共同訴訟），財產權訴訟或非財產權訴訟，債權請求權之訴訟或物權請求權之訴訟，……俱無不同，均應一律適用，分割共有物訴訟當然包括在內。

肆 問題研討

本事件，為請求分割共有物之訴訟事件，乃屬固有的必要共同訴訟，由全體共有人計14人中之4人（甲）對其他共有人10 人（乙）起訴，當事人適格並無問題。第一審判決後，甲不服而於法定期間內提起上訴，在第二審程序審理中上訴人甲具狀撤回上訴，因被上訴人乙並未提起附帶上訴，故於甲之撤回上訴書狀提出於法院時，即發生撤回上訴之效力，訴訟繫屬歸於消滅、訴訟程序終結；縱令被上訴人乙具狀表示不同意上訴人甲撤回上訴，亦不具任何法律上之效力，不影響訴訟程序之終結。然而第二審法院之受命法官竟不認為訴訟程序已經終結、訴訟繫屬消滅，反而續行準備程序，審判長亦進而定期行言詞辯論程序，於辯論終結後並據以裁判，固有不當；但上訴人甲於前開準備程序及言詞辯論程序中，均繼續參與而未為任何爭執，嗣於第二審判決後提起第三審上訴之上訴理由狀，亦未指摘第二審之續行訴訟程序有何不當，第三審法院依甲之上訴理由狀所載之上訴理由，詳為審究後以判決駁回之。

最高法院第一次再審判決亦僅就甲所提起之再審理由書狀所載之再審理由，予以審酌後認為前開最高法院確定判決，並無甲所指第496條第1項第1款「適用法規顯有錯誤」之再審理由，而以再審無理由判決駁回，尚難謂為於法有違。最高法院第二次再審判決亦以原確定判決（第一次再審判決）核無適用法規顯有錯誤之情事，而以判決駁回之。甲則未再提起再審之訴，尋求救濟。

最高法院上開第二次再審判決，以下列兩點理由：1.「提起請求分割共有物之訴，必須由共有人中之一人或數人以他共有人全體為被告一同起訴或一同被訴，其訴訟標的對於當事人兩造必須合一確定，乃屬固有的必要共同訴訟。」、2.「該共同訴訟人中之一人或數人（非全體）撤回上訴者，為不利於他共同訴訟人乃至他共有人之行為，除經其同意外，對於全體不生效力，即不生撤回上訴之效果，法院自應續行審理併予裁判。」而認為原確定判決「以再審原告（甲）雖於97年10月23日前訴訟程序第二審審理中具狀撤回上訴，但再審被告（乙）已具狀表示不同意再審原告撤回上訴，本件自得繼續審理，爰駁回再審之訴，未採再審原告關此所陳見解，核無適用法規顯有錯誤之情事。」云云，容有值得討論之處：

一、就上開第1.點理由「提起請求分割共有物之訴，必須由共有人中之一人或數人以他共有人全體為被告一同起訴或一同被訴，其訴訟標的對於當事人兩造必須合一確定，乃屬固有的必要共同訴訟」而言，乍視之，整體論述似無錯誤，但仔細予以推敲審究，確有以偏概全、或有些個案是不能適用之問題。

（一）按共有人提起請求分割共有物之訴，固然必須由共有人中之一人或數人以他共有人全體為被告一同起訴或一同被訴，但是，並非所有的分割共有物訴訟都是固有的必要共同訴訟，其訴訟標的對於當事人兩造必須合一確定。蓋在單一之訴（非主觀的合併之訴），並無共同訴訟人存在，自不發生訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定之問題，當然更無「其訴訟標的對於當事人兩造必須合一確定」之可言。而請求分割共有物訴訟事件，依個案全體共有人「人數」之多寡，可分為四種情形：1.個案之共有人僅有2人，即單一原告對於單一被告起訴，屬單一之訴。2.個案之共有人3人以上，由其中1人對其餘多數共有人全體起訴，僅被告一方為共同訴訟人。3.個

（文轉三版）

JUDICIAL 司法 復刊 稿 閱 亭
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

消滅時效期間起算的若干問題
—日本實務見解的檢討與借鑑 下

文／溫俊富

（文接上期）

這雖然不能斷言與當時「時效援用的限制」的觀念才剛剛引進，尚未被實務界接受完全無關[27]，但是在昭和46年以後，以誠信原則（或權利濫用）限制債務人援用時效的判決已持續出現[28]，但並不因「時效援用的限制」此一救濟途徑的確立，而使時效起算的判斷基準回到早年嚴格的「法律上障礙說」，甚至反而漸有放寬的傾向。可見學者的此項主張，並不為實務所接受。

再者，誠信原則、權利濫用都是概括條款，其適用應該盡量慎重。所以，能透過時效起算、中斷、停止等機制來合理處理的問題，便不應適用誠信原則或權利濫用等條款處理[29]。更何況在時效起算上採「法律上的障礙說」，是因對消滅時效制度的存在理由採「社會秩序的維持」此一立場的延伸；而一旦採此立場，則消滅時效便是以維護本項公益為目的的制度，義務人享受消滅時效完成的利益正是維持本項公益的表現，則法院又豈能再限制義務人享受消滅時效完成的利益？所以學者此項主張，亦不易自圓。

此外，由於日本的法官也難免因對宗教、政治、民族、階級等懷有不同信念而影響其對適用「時效援用的限制」的判斷，以致某些個案不能獲得「時效援用的限制」的救濟[30]。因此，事實上難以期待「修正法律上障礙說」的救濟機能能為「時效援用的限制」所完全取代。

總之，目前日本實務上，修正後較溫和的「法律上障礙說」與「時效援用的限制」兩個途徑併存，前者救濟不當的時效起算，推遲時效的完成；後者則限制不當的時效援用[31]。

參 結語

消滅時效期間的起算，涉及的層面極廣，本文只是在考察實際案例的基礎上對日本實務見解進一步作粗淺的探討。日本實務有關消滅時效期間起算的見解，原採與我國「客觀基準說」相同的「法律上的障礙說」，本說使時效起算有統一明確、容易操作的認定基準，確實有利於法律適用的方便與安定；但在一般時效期間只有10年，又沒有德、法的「進行停止」機制的日本，缺失也格外明顯；經過摸索，終於確立「法律上的障礙」的有無，不應是毫無例外的判斷基準，而應是一個容許例外的「原則」。

我國一般時效期間只有15年，也沒有「進行停止」的機制，先天的體質與日本相近，「客觀基準說」的缺失實不能獨無。多年來我國實務上「主觀基準說」的幾番沈而又浮，應非無因；日本實務見解的發展，不無參考價值。

（作者為銘傳大學財金法律學系專任副教授退休，現執業律師）

註釋

27. 日本學者開始主張可以基於誠信原則或權利濫用對消滅時效的援用加以限制，是在昭和37年（參見谷口知平，權利濫用の効果－財產法を中心とする－，權利の濫用上・末川先生古稀記念，有斐閣，1962年，102頁）。在實務上，首度針對在時效完成後已承認債務的債務人的再行援用時效，作出判示其違反誠信原則而不應准許的，是最高裁大法庭昭和41年4月20日判決。參見溫俊富，註26文。
28. 參見溫俊富，日本有關時效抗辯限制的實務考察－我國與日本實務有關時效抗辯限制的比較（中），中律會訊雜誌，第18卷第3期，2015年11月，13-29頁（該文所考察的判決共34件，如果計入同旨案例，則將近50件）。
29. 松本克美進而認為以「時效援用的限制」處理的諸多案例中，有不少可以用起算點處理，並逐一加以分析。參見松本克美，註12書，143-160頁。
30. 在另文第6例的第二審法院決定不採該案之「事實上的障礙」為時效起算的例外障礙事由之時，當已決定不限制被告的時效援用，即是適例。
31. 這兩個途徑應該都是以「怠於行使權利者的制裁」作為理論依據，適用的共同前提都是：權利人不知有權利可得行使，或雖然知悉，但不能合理期待其行使權利；但適用的分際是：此項共同前提如果是依「權利之性質」其權利行使不能被現實期待，便可作為「法律上障礙說」的例外而阻礙時效的進行；反之，如果是依「債權人的職業、地位、教育等」等個人因素，而不能現實期待債權人行使權利，便只能轉而訴諸「時效援用的限制」。但隨著日本實務對「法律上障礙說」的「例外」出現放寬的傾向後，兩個途徑都有適用於放寬部分的可能。

（文接二版）

案之共有人3人以上，由多數共有人對其餘僅存之1共有人起訴，僅原告一方為共同訴訟人。4.個案之共有人4人以上，由多數共有人對其餘多數共有人起訴，兩造分別為共同訴訟人。

在1. 之情形，乃屬單一之訴，並無訴之合併問題，兩造均非共同訴訟人，自無第56條各款適用之可言。易言之，此種情形並無訴訟標的對於當事人必須合一確定之問題，非屬「固有的必要共同訴訟」，自更無訴訟標的對於當事人「兩造」必須合一確定之情事。已可見上開第1.點理由之論述，確有以偏概全之情形。

（二）在上開（一）之2.、3.之情形，固均為主觀的訴之合併中的固有的必要共同訴訟，但僅多數共有人之一造為共同訴訟人，必須合一確定而有第56條各款規定之適用；至於共有人僅1人之他造，同前開（一）之1.情形，並不生共同訴訟人及必須合一確定之問題。以故，僅有多數共有人之一造有訴訟標的對於該造當事人必須合一確定而已，並無訴訟標的對於當事人「兩造」（原告與被告）必須合一確定之可言。上開第1.點理由之論述，就上開（一）之2.、3.之情形而言，亦不適用。

（三）在上開（一）之4.之情形，原告與被告「兩造」均為多數共有人，亦即兩造均分別成為共同訴訟人，兩造中之「各造」均必須合一確定而有第56條各款規定之適用；易言之，原告一方（第二、三審可能成為上訴人，亦可能成為被上訴人）之多數共有人必須合一確定，被告一方（第二、三審可能成為上訴人，亦可能成為被上訴人）之多數共有人亦必須合一確定，也就是「兩造分別」合一確定，並分別有第56條各款規定之適用。但原告一方之多數共有人與被告一方之多數共有人，在訴訟上係相互對立之當事人，並不發生當事人「兩造」必須合一確定之情形。猶如，在上開（一）之2.、3.之情形，多數共有人之一造與對造共有人1人，並不發生當事人「兩造」必須合一確定之情形相同，上開第1.點理由就此論述似有誤會。

二、上開第2.點理由所謂「該共同訴訟人中之一人或數人（非全體）撤回上訴者，為不利於他共同訴訟人乃至他共有人之行為，除經其同意外，對於全體不生效力，即不生撤回上訴之效果，法院自應續行審理併予裁判。」有下列值得討論之處：

（一）其中第二句加上不該有的「乃至他共有人」6字。按第56條第1款前段規定為：訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。法文所謂「全體」指同造之共同訴訟人全體而言，不包括訴訟上相對立之對造在內（不論對造係單純一人或多數共同訴訟人）。撤回上訴為不利於共同訴訟人即共同上訴人之行為，非經他共同上訴人全體之同意，對於共同上訴人全體，固然不生效力；但第二審上訴經撤回後，第一審判決即因而確定，故撤回上訴並非不利於對造即被上訴人之行為，毋庸得訴訟上相對立之被上訴人同意。上開第2.點理由將「撤回上訴者，為不利於他共同訴訟人（指他共同上訴人）之行為」，擴張及於「撤回上訴者，為不利於他共同訴訟人『乃至他共有人』（指對造、被上訴人）之行為」，顯然於法無據，本文不能贊同。

（二）因上開第2.點理由之第二句加上不該加的「乃至他共有人」6字，使第三句「除經其同意外」的「其」包括他共同上訴（訴訟）人及被上訴人兩造，以致第四句「對於全體不生效力」的「全體」亦包括他共同上訴（訴訟）人及被上訴人兩造，顯然與第56條第1款後段規定之意旨不符。故最高法院上開第二次再審判決進而引申認為「即不生撤回上訴之效果，法院自應續行審理併予裁判」自有不當，本文實難贊同。

伍 結論

任何訴訟事件，一經判決確定，對於兩造均「一起確定」（並非合一確定，兩者意義不同），當事人兩造均受該確定判決效力之拘束。此確定判決之效力，不論兩造人數之多寡，亦即不論是單一之訴或合併之訴（共同訴訟）均無不同。

第56條所謂訴訟標的對於共同訴訟之各人必須「合一確定」，係指法院就為訴訟標的之法律關係，對於共同訴訟人之全體，在法律上必須為一致之判決而言；不許法院對於各該共同訴訟人就同一法律關係，分別為歧異之裁判。故此一「合一確定」，係指對該共同訴訟人一造必須「合一確定」，而非指該共同訴訟人一造必須與他造「合一確定」，觀之第56條之1、第62條、第255條第1項第5款、第259條各條文中之「必須合一確定」並參照其前後文，益臻明晰。

請求分割共有物之訴，在共有人只有2人之情形下，原、被告均只1人，兩造均無共同訴訟人存在，故當然不會發生固有的必要共同訴訟「合一確定」之問題。在共有人3人以上之情形，如訴訟當事人之一造只有1人者，該造當事人並非共同訴訟人，無「合一確定」之問題，當然更無與對造當事人「合一確定」之可言；只有訴訟當事人為多數之他造，成為共同訴訟人（固有的必要共同訴訟）而有「合一確定」之問題。在共有人4人以上之情形，而兩造之當事人均為多數者，則各造分別成為共同訴訟人（固有的必要共同訴訟）而有「合一確定」之問題，但係兩造「分別」「合一確定」，並非兩造一起「合一確定」。惟上開各種情形，不論何種訴訟型態，於判決確定後，對於兩造均是「一起確定」，受該確定判決效力之拘束。

任何民事訴訟事件，倘若上訴人撤回上訴，則除被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意始生效力外，該訴訟事件之訴訟繫屬立即消滅、訴訟程序即為終結。本事件，第二審程序審理中，被上訴人並無提起附帶上訴，故上訴人之撤回上訴，依法本即毋庸被上訴人之同意，從而，縱令被上訴人表示不同意上訴人之撤回上訴，亦不影響上訴人撤回上訴之效力。準此，第二審之訴訟程序既已終結，第二審法院自不應續行訴訟、行準備程序及言詞辯論程序並進而據以判決；第二審法院不此之圖，是其所為續行之一切訴訟程序，顯有重大瑕疵。最高法院認為：「原確定判決以再審原告（甲）雖於97年10月23日前訴訟程序第二審審理中具狀撤回上訴，但再審被告（乙）已具狀表示不同意再審原告撤回上訴，本件自得繼續審理。」云云，應尚有斟酌餘地。

＊歷審判決之案號為：最高法院100年度台再字第59號、99年度台上字第1791號，臺中高分院96年度重上字第144號，臺中地院96年度重訴字第219號。

（作者為前臺灣高等法院庭長）