

## 〔94年司法特考〕

一、甲以乙、丙為被告，請求分割共有土地，第一審判決准予分割，乙聲明不服，合法提起第二審上訴，嗣後乙單獨具狀向第二審法院聲明撤回上訴，其效力如何？法院應如何處理？（94書）

〔擬答〕

## （一）乙合法提起第二審上訴，上訴效力及於共同被告之丙

必要共同訴訟，乃訴訟標的，對於共同訴訟之各人必須合一確定，法院須將數人視為一體，不得對之為一勝一敗判決的共同訴訟。故§56 I ①規定，共同訴訟人中一人之行為，有利，及於全體，不利，對全體不生效力。乙合法提起第二審上訴，其行為有利於共同被告丙，故上訴效力及於共同被告之丙。

## （二）法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人丙

## 1. 丙逾期未為表示者，視為亦撤回上訴（§459 II）

訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人提起合法之上訴時，依§56①前段規定，上訴之效力及於全體，故其他未提起上訴之共同訴訟人亦視為上訴人。惟嗣後提起上訴之人如欲撤回上訴，依上開條文後段規定，非經其他視為已提起上訴之人同意，不生撤回之效力。然該視為已提起上訴之人或因行蹤不明，或因無意參與上訴程序，欲令其表示同意撤回上訴，不無困難。故為避免訴訟久懸不決，並保障當事人之程序權，於此情形，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴（§459 II）。

## 2. 丙為反對撤回上訴表示者，視為未撤回上訴（§56 I ①）

利益或不利益，係指於行為當時就形式上觀之，有利或不利於共同訴訟人而言，非指經法院審理，有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其效力不及於共同訴訟人而言。撤回上訴學說及實務均認其屬不利共同訴訟人之行為，若丙為反對撤回上訴表示者，撤回上訴之行為不生效力，視為未撤回上訴（§56 I ①）。

二、第一審法院為原告一部勝訴一部敗訴之判決，應送達原告之判決正本於民國九十四年九月一日合法送達，應送達被告之判決正本於同年九月五日寄存送達於其住所地之警察派出所，兩造均未提起上訴，該判決應於何時確定？（94書）

〔擬答〕

## （一）該判兩造當事人均得上訴

在兩造當事人均未提起上訴者，其判決則須兩造均喪失上訴權，始為判決確定之日。

## （二）原告於94年9月22日喪失上訴權

1. 有上訴權之當事人於上訴期間內未提起上訴者，其判決於上訴期間屆滿時確

定 (§398 I)，其有在途期間者，並應扣除在途期間後計算之。

2.原告之判決正本於94年9月1日合法送達，故於94年9月2日開始起算20日之上訴期間，該上訴期間於94年9月21日期間屆滿，故原告於於94年9月22日喪失上訴權。

### (三) 被告於 94 年 10 月 6 日喪失上訴權

#### 1. 寄存送達之意義

送達不能依本人送達方法為之而又不能交付其同居人或受僱人時，則以寄存送達方法行之。所謂寄存送達，即不能依上述方法為送達者，得將應送達之文書寄存於送達地之自治或警察機關，並作送達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達 (§138 I)。

#### 2. 寄存送達之效果

##### (1) 寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力 (§138 II)。

當事人因外出工作、旅遊或其他情事而臨時不在應送達處所之情形，時有所見，為避免其因於外出期間受寄存送達，不及知悉寄存文書之內容，致影響其權益，§138 II 明定寄存送達自寄存之日起，經十日發生效力。至應受送達人如於寄存送達發生效力前領取寄存文書者，應以實際領取之時為送達之時，乃屬當然。

##### (2) 被告於 94 年 9 月 15 日生送達之效力

應送達被告之判決正本於94年9月5日寄存送達於其住所地之警察派出所，故自寄存之日起，經十日發生送達之效力 (§138 II)，故被告於94年9月15日生送達之效力。

##### 3. 被告於94年10月6日喪失上訴權

被告之判決正本於94年9月15日生送達之效力，故於94年9月16日開始起算20日之上訴期間，該上訴期間於94年10月5日期間屆滿，故被告於於94年10月6日喪失上訴權。

### (四) 該判決於 94 年 10 月 6 日兩造均喪失上訴權時確定