臺灣高等法院高雄分院民事判決

114年度上字第241號

上　訴　人　刁鵬程

訴訟代理人　陶德斌律師

被上訴人　　蘇啟宗

上列當事人間請求給付金錢事件，上訴人對於中華民國113年4月11日臺灣橋頭地方法院113年度訴字第22號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決廢棄，發回臺灣橋頭地方法院。

事實及理由

一、被上訴人主張：兩造於民國106年6月1日簽署濠瑋/弘碩合作協議書（下稱系爭協議書）合作發展主軸事業，為籌措新臺幣（下同）2,000萬元之營運週轉金，約定由伊籌措38%資金，餘由上訴人籌措，並將資金匯入弘碩精密有限公司（下稱弘碩公司）開立於合作金庫商業銀行（下稱合庫銀行）大竹分行帳號0000-000-000000號帳戶（下稱系爭帳戶），伊已依約由配偶洪玉珠匯款共760萬元至系爭帳戶。而上訴人為給付其應付資金，乃向伊借用300張登記在洪玉珠名下之股票並出售，再由股票買受人於106年8月3日將購股款項共1,080萬元匯至洪玉珠所有合庫銀行帳戶，洪玉珠則於同月8日將該款轉帳至系爭帳戶，惟上訴人除此外仍欠160萬元未給付，並已超過系爭協議書所約定之給付期限，爰依系爭協議書第5條第3、4項暨契約關係提起本件訴訟，聲明：㈠上訴人應給付160萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至給付日止按週年利率5%計算之利息至系爭帳戶；㈡願供擔保請准宣告假執行（原審以上訴人經合法通知，未於言詞辯論期日到場，而准被上訴人之聲請，一造辯論而為上訴人全部敗訴之判決）。

二、上訴人則以：伊長年居住於中國大陸經商，並未住居於原審送達之戶籍地址，且此為被上訴人所明知，而該言詞辯論通

知書並未經代收之張寶尹轉知，其送達難謂合法，伊未受合法通知，原審准被上訴人之聲請，由其為一造辯論判決，其訴訟程序自有重大瑕疵，基此所為之判決亦屬違背法令，爰請求廢棄原判決，發回原法院審理等語。

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，民事訴訟法第451條第1、2項定有明文，所謂第一審訴訟程序有重大之瑕疵，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，或因訴訟程序違背規定，不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言，又所謂因維持審級制度認為必要，係指若不將該事件發回，則該當事人即不能在該一審級為訴訟行為，實施其攻擊防禦方法，致有受不利益判決之虞，而無異少經一審級保護者而言。次按不到場之當事人未於相當時期受合法之通知者，法院不得依到場當事人之聲請為一造辯論判決，而送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所行之，於住居所、事務所及營業所不獲會晤應受送達人者，得將文書付與有辨別事理能力之同居人或受僱人，同法第385條第1項前段、第386條第1款、第136條第1項前段、第137條第1項分別定有明文，而依民法第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，該一定之地域始為其住所，以送達須對受送達人之住居所行之，倘其送達之處所，雖原為應受送達人之住居所，而實際上已變更者，縱令其戶籍登記尚未遷移，該原住居所仍非應為送達之處所，亦不得以於該原處不獲會晤應受送達人，而將文書付與有辨別事理能力之同居人為補充送達。是當事人因未受合法通知致未到場應訴，第一審法院遽依他造聲請，准由其一造辯論而

為判決，其訴訟程序，自有重大瑕疵。經查：

㈠被上訴人前向原法院起訴後，經原審訂於113年3月14日為言詞辯論（系爭辯論期日），並對上訴人之戶籍地即高雄市○○區○○路00巷00號址（下稱左營區址）為送達，由上訴人之媳即訴外人張寶尹以同居人身分代為收受，有送達證書可稽（原審訴卷第15頁），而原審於該期日即以上訴人經合法通知，未於言詞辯論期日到場，准被上訴人之聲請，一造辯論而為上訴人全部敗訴之判決，此經本院核閱原審卷宗無訛（原審訴卷第19頁）。

㈡上訴人目前戶籍雖仍設於左營區址，惟其為註冊地英屬開曼群島之濠瑋控股股份有限公司（下稱濠瑋公司）董事長，其2工廠位廣東省惠州市，2孫公司則位同省深圳市，有被上訴人所提濠瑋公司上市公開說明書可稽（本院114年度抗字第128號卷第51至59頁，下稱抗字卷）。而上訴人於111年間僅2次返國，在台期間各約10餘日，112年間則6次返國，在台期間則為10餘日至2日不等，110年均未曾返國，109年至78年間之各年則均為頻繁入出境，在台期間約數日至10餘日不等，有入出境資訊連結作業可憑（見抗字卷限閱卷）。以上訴人經營之諸公司均位於大陸廣東地區，且其均於數月間始返台一次，在台期間復短，所稱其乃長期住居於大陸地區經商等語應屬可信。

㈢又被上訴人前於109年8月25日乃以上訴人應返還借款1,840萬元而對之向臺灣高雄地方法院起訴（下稱系爭前案），經該法院向左營區址各為送達後，於同年9月25日、10月13日、10月30日均經寄存送達，後上訴人始於同年11月3日具狀陳報「因其長期於中國工作而鮮少返台，至近日方獲悉鈞院寄送之通知內容」，其後兩造於該事件調解時，亦向調解委員告知其在大陸暫時無法回台，無法談論調解條件等語，嗣並於同年11月9日委任陶德斌、孔德鈞律師為該訴之訴訟代理人應訴直至於本院更審，此經本院查閱本院112年度重上更一字第10號卷宗無訛。又被上訴人於兩造另涉臺灣臺中

地方法院110年度重訴字第223號返還股票等事件（下稱返還股票事件）中陳明：上訴人現在大陸地區...聯繫有所困難等語，有該案判決書可佐（抗字卷第93頁），以上訴人之公司所在地、出入境台灣情狀，暨系爭前案於送達其戶籍址時均為寄存送達，且其早於109年底即向法院陳明因在大陸工作而鮮少返台，被上訴人亦自陳此情等情，上訴人所稱其長年住居大陸經商，未居住於戶籍地原住所之事，堪信屬實。則上訴人主觀上既未見有久住於戶籍址之意，客觀上亦未長時住居在該處所，其主張左營區址已非其住居所等語即非無據，自不得僅以戶籍登記於該址，即得逕認係上訴人之住所。故上訴人實際上既已變更其住居所，縱令其戶籍登記尚未遷移，該址仍非應為送達之處所，依上開說明，亦不得將送達文書付與斯時住於該處之張寶尹以為補充送達。

㈣又系爭辯論期日通知雖由上訴人之媳即張寶尹以同居人身分代為收受，惟張寶尹已聲明於簽收該送達文書後並未告知上訴人，亦未轉交，有聲明書可稽（本院卷第89頁），而核系爭前案、返還股票事件與本件訴訟俱係源自系爭協議書之同一契約關係（抗字卷第63、82頁），以在本訴以前發生之兩案訴訟，上訴人俱與被上訴人有激烈爭執，其如知有本案一審之系爭辯論期日通知，衡情應無置之不理而未申辯或再委任與該兩案均為同一之訴訟代理人而任之為一造辯論可能，張寶尹之上開聲明應符事實，上訴人所辯張寶尹於收受送達後並未轉知而不知此等語應屬可採。

㈤被上訴人與上訴人因合作發展主軸事業而生爭執，雙方依系爭協議書約定早有兩次激烈訴訟，且均歷審至最高法院審理，而被上訴人明知上訴人久居大陸經營濠瑋公司鮮少返台難以聯繫，卻仍以左營區址為其住居所而對之起訴，復故不告知法院此情及兩造仍有系爭前案涉訟中，致原審以已非上訴人住居所之左營區址為送達，該雖經張寶尹代為收受之補充送達仍不發生送達之效力，而張寶尹於代收後復未告知上訴人此情，致上訴人未能到庭或為陳報，其既未於相當時期

受合法之通知，原審逕依明知此情之被上訴人聲請，由其一造辯論而為判決，該訴訟程序自有重大瑕疵。又上訴人已陳明不同意由本院就本事件為裁判，仍請求廢棄原判決，發回原法院審理（本院卷第44、83頁），自無從補正上開程序之瑕疵，為維持審級制度，並保障當事人之程序權益，自有將本件發回原法院更為裁判之必要，爰不經言詞辯論，由本院將原判決廢棄，發回原法院更為裁判，以符法制。

四、據上論結，本件上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　13　　日

民事第一庭

審判長法　官　黃宏欽

法　官　劉傑民

法　官　謝雨真

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　115　　年　　4　　月　　13　　日

書記官　陳美虹

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。