臺灣高等法院臺中分院民事裁定

110年度抗字第368號

抗　告　人　王富弘

000000000000000000

送達代收人　張雅絢　住彰化縣○○市○○○道○段0巷00號

相　對　人　帝璽建設有限公司

000000000000000000

法定代理人　朱宏洋

上列抗告人因與相對人間清償借款事件，對於中華民國110年7月22日臺灣臺中地方法院103年度訴字第2977號所為裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

一、抗告駁回。

二、抗告程序費用由抗告人負擔。

理　由

一、抗告意旨略以：抗告人尚未收受第一審判決，無從起算上訴期間，故不生上訴逾期問題，本件上訴應屬合法。因抗告人未曾收受第一審開庭通知書、判決書，俟110年3月31日收受原法院執行命令後，始知相對人有提起本件訴訟。且經原法院函詢結果，臺中市政府警察局霧峰分局、中華郵政股份有限公司臺中郵局均函覆表示：無法查考是否有完成寄存送達之法定程序。故無法證明判決書業已合法送達抗告人。原法院應就有對抗告人合法送達判決書之積極事實，負舉證責任，惟原裁定竟以抗告人未能提出「郵務人員未製作送達通知書黏貼於其住居所門首或信箱」之證據為由，駁回抗告人之上訴，無異使舉證責任倒置，而有適用法則之不當。爰提起抗告，聲明廢棄原裁定。

二、按提起第二審上訴，應於第一審判決送達後20日之不變期間內為之。提起上訴，如逾上訴期間者，原第一審法院應以裁定駁回之，民事訴訟法第440條、第442條第1項定有明文。

次按送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所行之。送達於住居所、事務所或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。送達不能依前二條規定為之者，得將文書寄存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，民事訴訟法第136條第1項前段、第137條第1項及第138條第1項分別定有明文。且文書經合法寄存送達後，即依民事訴訟法第138條第2項規定發生送達效力，至應受送達人究於何時前往領取應受送達之文書，或並未前往領取，於送達之效力，均無影響。又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，如當事人主觀上有久住一定地域之意思，客觀上亦有住於一定地域之事實，該一定之地域即為其住所。而住所雖不以戶籍登記為要件，惟倘無客觀之事證足認當事人已久無居住該原登記戶籍之地域，並已變更意思以其他地域為住所者，戶籍登記之處所，仍非不得資為「推定」其住所之依據（參最高法院100年度台上字第1373號民事判決）。析言之，當事人就其確未居住於戶籍地址之事實，應負舉證責任。

三、查：

㈠抗告人係設籍登記「臺中市○○區○○路0000號」，有抗告人提出之支付命令聲明異議狀及民事抗告狀所載住所為上開地址，並有相對人於聲請支付命令時提供之抗告人103年7月25日戶籍謄本及抗告人提出上訴後110年5月12日之戶籍謄本附卷可稽（參原法院103年度司促字第23495號卷、原審卷第101頁）。準此，堪認抗告人自相對人聲請支付命令起，至其提起本件上訴時，戶籍地址並無變更登記。

㈡原判決經原法院依法交郵務機構送達至抗告人之戶籍地即臺中市○○區○○路0000號，因未獲會晤抗告人，亦無受領文書之同居人或受僱人，郵務機構乃依民事訴訟法第138條規定，於104年1月6日將該判決書寄存於臺中市政府警察局霧

峰分局成功派出所，並作送達通知書2份，1份黏貼於抗告人住居所門首，另1份置於該送達處所信箱或其他適當位置等情，有該送達證書附於原審卷第71頁可稽。

㈢揆諸上開說明意旨，抗告人就其主張：上開判決並未合法寄存送達（即抗告人之住所並非其戶籍地址）之事實，應負舉證責任。惟抗告人僅徒言指摘上開判決之寄存送達不合法，而未就其應負舉證責任之上開事實，舉證以實其說。故抗告人上開主張，實難認為可採。

㈣綜上所述，上開判決書既已於104年1月6日（以抗告戶籍地址為送達地址），合法寄存送達抗告人，依法上訴期間應自寄存送達日加計10日即104年1月16日起算20日，則上訴期間末日應於同年2月5日屆滿。今抗告人遲至110年4月28日，始提起上訴，有上訴人所提民事上訴狀可稽（參原審卷第83頁），故其上訴顯已逾上訴期間。是原法院以抗告人上訴不合法，裁定駁回其上訴，於法並無不合。從而，抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

四、據上論結，本件抗告為無理由，依民事訴訟法第495條之1第1項、第449條第1項、第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　9　　日

民事第七庭

審判長法　官　王　銘

法　官　張國華

法　官　唐敏寶

正本係照原本作成。

不得再抗告（再抗告利益未逾新臺幣150萬元）。

書記官　劉恒宏

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　10　　日