臺灣高等法院民事判決

114年度上易字第447號

上　訴　人　林語琪

訴訟代理人　呂秋遠律師
複　代理人　蕭維冠律師
被　上訴人　張明仁

上列當事人間請求給付合作費用等事件，上訴人對於中華民國112年8月23日臺灣臺北地方法院112年度訴字第2998號第一審判決提起上訴，本院於115年1月13日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄，發回臺灣臺北地方法院。

事實及理由

一、被上訴人主張：禾勳工程行為伊獨資成立，上訴人（原名林君澤）及訴外人胡啟元前於民國104年間分別與伊達成口頭協議，合作以禾勳工程行名義對外承攬工程，並以禾勳工程行為投保單位為上訴人投保勞健保，因此增加之費用由上訴人負擔，另禾勳工程行承攬或得標工程後，由上訴人負責後續承攬及施作事宜者，應對該工程自負盈虧，上訴人應給付伊該次工程總工程款金額5%計算之營運行政費用，並應負擔禾勳工程行因此產生或增加之稅費。而兩造合作期間，上訴人負責承攬施作8項工程，自應給付因此產生之行政營運費新臺幣（下同）793,775元、營業稅758,097元（詳見原審卷第39頁原證二），並按比例分擔禾勳工程行104至106年度之營利事業所得稅138,985元（詳見原審卷第41頁原證三），另給付禾勳工程行於104年3月12日至107年9月4日負擔上訴人之勞健保費用及提撥勞工退休金共189,298元（詳見原審卷第63頁原證五），上開金額總計1,880,155元，扣除上訴人已給付963,850元，及國家教育研究院退還保固金41,217

元，尚應給付875,088元。爰依兩造合作之契約關係，請求上訴人給付875,088元，及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息。

二、上訴人則以：伊於112年間雖設籍於臺北市○○區○○街00號3樓（下稱○○街房屋），惟該處為伊兄長林宗澤所有，並出租於第三人，伊未曾實際居住該處，亦未曾委託第三人代收訴訟文書；又伊早已搬離被上訴人於起訴狀記載之住址臺北市○○區○○街0段00號7樓（下稱○○街房屋），至少於111年3月10日起即承租同區○○路0之00號5樓（下稱○○路房屋）居住，並繳納該處水電、瓦斯費用，且於111年9月23日設定該址為通訊處所，主客觀上均有久住該處之意思，自應以該處為伊實際住所而為送達，原法院以○○街房屋及○○街房屋送達即非合法，其逕依被上訴人聲請而為一造辯論判決，程序上有重大違誤，損及伊之審級利益，應予廢棄發回等語，資為抗辯。

三、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。上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：原判決廢棄，發回原法院重新審理。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（本院卷第387-388頁）：

㈠上訴人於108年9月10日將戶籍遷出○○街房屋，遷至桃園市○○區○○路○段00號4樓。110年4月23日遷至臺北市○○區○○○路○段00巷00弄號2樓（下稱○○○○房屋）。

㈡上訴人於111年9月23日將戶籍遷至○○街房屋。

㈢上訴人於113年7月9日將戶籍遷至臺北市○○區○○路0段00巷0弄0號9樓（下稱○○路房屋）。

㈣本件原審開庭通知書於112年5月12日送達○○街房屋，由管理委員會服務中心以受僱人身份收受；112年7月10日、112年7月17日、112年9月1日記載送達○○街之開庭通知書，寄存於臺北市警察局中正第一分局忠孝東路派出所，但上訴人未去領取。

五、上訴人主張其自111年3月13日起至113年10月31日止，係以○○路房屋為住所，而非○○街，原審訴訟程序因未將開庭通知書合法送達上訴人而有重大瑕疵，應發回原法院更為審理等情，為被上訴人所否認。經查：

㈠按送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所行之。但在他處會晤應受送達人時，得於會晤處所行之。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、第137條第1項、第138條分別定有明文。因此，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條規定行送達者，始得為之，設其送達之處所，非應為送達之處所，自不得為寄存送達。次按依一定之事實，足認以久住之意思，住於一定之區域者，即為設定其住所於該地，為民法第20條所明定，是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，客觀上有住於一定區域之事實，該一定之區域始為住所，故住所並不以登記為要件。又戶籍法為戶籍登記之行政管理規定，戶籍地址即係依戶籍法所為登記之事項，戶籍地址並非為認定住所之唯一標準；倘法院誤認未確定之裁判為確定，依聲請付與確定證明書者，不生該裁判已確定之效力（最高法院93年度台抗字第393號、91年度台簡上字第29號裁判意旨參照）。

㈡查被上訴人依兩造合作之契約關係，於原審訴請上訴人給付合作費用875,088元本息，原審112年6月27日調解期日通知書於112年5月12日送達○○街房屋（上訴人於108年9月10日前之戶籍地），因上訴人未到場而調解不成立；另原審112年8月9日言詞辯論通知書，曾於112年7月10日、112年7月17

日送達上訴人戶籍所在地即上訴人之兄林宗澤所有之○○街房屋，因未會晤本人亦無受領文書之同居人或受僱人，而寄存在臺北市警察局中正第一分局忠孝東路派出所，並作成送達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達；惟上訴人未前往領取，亦未到庭，經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；原審判決書於112年9月1日送達○○街房屋，因未會晤本人亦無受領文書之同居人或受僱人，而寄存在臺北市警察局中正第一分局忠孝東路派出所，並作成送達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達之事實，為兩造所不爭執（本院卷第387-388頁）。

㈢上訴人主張○○街房屋當時雖為其戶籍地，惟該處為所有人林宗澤出租予第三人，伊未曾實際居住該處，亦未曾委託第三人代收訴訟文書；伊當時承租○○路房屋，並繳納該處水電、瓦斯費用，且於111年9月23日即設定該址為通訊處所，其就○○街房屋，主客觀上均無久住該處之意思，非其住所等情，並提出其於111年9月23日將戶籍遷至○○街房屋時，即併同申請通訊地址於○○路房屋之跨機關通報服務，及其於○○路房屋收受之行政文書信封等件為證（本院卷第27-45頁）。而林宗澤於108年7月間已出售○○街房屋，於111年7月間出售○○○○房屋，○○街房屋亦為林宗澤所有，並出租予第三人供套房使用，上訴人與其子租屋於萬芳社區捷運站附近，上訴人未設籍○○路房屋，係因房東不同意及考量學區，林宗澤同意上訴人先後設籍於○○街房屋、○○○○房屋及○○街房屋，但均未實際居住等情，業據林宗澤於本院到場結證在卷（本院卷第236-241頁），並提出其所有○○街房屋之上開期間租約為證（外放證物袋）。證人即○○路房屋所在○○社區管理員吳健良亦於本院到場證稱：上訴人與其子自111年3月起至113年間居住於該社區，每天早

上會送其子上幼兒園校車，晚上其子乘坐校車回社區，上訴人通常也會出來接，有時來不及會請證人先幫她接到會客室，證人會為上訴人代收信件及水電、瓦斯費繳費單，上訴人也會訂uber外送服務等語（本院卷第242-245頁），並提出111年12月15日至112年12月8日載有上訴人掛號信件之登記簿為證（本院卷第285-337頁）。顯示上訴人於111年3月起至113年間，係承租○○路房屋與其子共同居住，因出租人不同意設籍，而設籍於林宗澤所有○○街房屋，但就此主觀上無居住之意思，客觀上亦無居住之事實。上訴人主張○○街房屋非其住所，應堪採信。足認原審分別於112年7月10日、112年7月17日，將112年8月9日言詞辯論通知書送達於非上訴人住所之○○街房屋，並寄存在臺北市警察局中正第一分局忠孝東路派出所，不合於民事訴訟法第138條之規定，自不生合法送達之效力。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，由其一造辯論而為判決，訴訟程序已有重大瑕疵。

㈣被上訴人雖主張上訴人申請通訊地址於○○路房屋之跨機關通報服務時，得一併向法院申請而未為，且○○路房屋僅居住2年而無久住之意思，堪認其係以○○街房屋為住所等情。惟查上訴人既於111年3月起至113年間實際居住於○○路房屋，民法就居所視為住所亦有相關規定；上訴人於111年9月23日將戶籍遷至○○街房屋，併同申請通訊地址於○○路房屋之跨機關通報服務時，被上訴人既不能證明上訴人已知被上訴人將對其提起訴訟，被上訴人以上訴人未併向法院通報，逕認其係以○○街房屋為住所云云，自無可採。

六、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，民事訴訟法第451條第1項定有明文。又被告係因未受合法通知致未到場應訴，第一審法院遽依原告之聲請，准由其一造辯論而為判決，其訴訟程序自有重大瑕疵（最高法院69年台上字第3752號判例意旨參照）。承前所述，原判

決訴訟程序既有重大瑕疵，上訴人復不同意由本院就該事件自為實體之裁判，以補正上開訴訟程序之瑕疵，為維持審級制度，自有將本事件發回原法院更為裁判之必要。爰由本院將原判決廢棄，發回原審法院更為裁判，俾維審級利益。至於原判決既未合法送達上訴人，其20日之上訴不變期間無從起算，上訴人提起本件上訴，並無逾期，併予敘明。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第451條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　3　　日

民事第十一庭

審判長法　官　李慈惠

法　官　吳燁山

法　官　許純芳

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　5　　日

書記官　鄭信昱