臺灣高等法院花蓮分院民事判決

109年度上易字第19號

上　訴　人　黃光盛

被上訴人　王庄吉

訴訟代理人　蔡雲卿律師（法扶律師）

上列當事人間請求侵權行為損害賠償事件，上訴人對於臺灣花蓮地方法院中華民國108年12月31日108年度訴字第298號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣花蓮地方法院。

事　實

一、第一審訴訟程序有重大之瑕疵法律見解分析：

（一）法律規定：

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。」、「依第一項之規定廢棄原判決者，其第一審訴訟程序有瑕疵之部分，視為亦經廢棄。」民事訴訟法第451條定有明文。

（二）法律要件：

1、須第一審之訴訟程序有重大之瑕疵：

所謂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（最高法院48年台上字第127號判例【本則判例，依據108年1月4日修正，108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，以下所引之判例，均同此效力】、107年度台上字第1690號、95年度台上字第1404號、92年度台上字第748號判決意旨參照）。

2、須因維持審級制度認為必要：

又所謂因維持審級制度之必要，係指當事人因在第一審之審級利益被剝奪，致受不利之判決，須發回原法以回復其審級利益而言（最高法院98年度台上字第84號、97年度台上字第1369號、84年度台上字第58號判決意旨參照）。亦即所謂因維持審級制度認有必要，係指若不將事件發回，即與少經一審級無異，且不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言（最高法院90年度台上字第439號、86年度台上字第3069號判決意旨參照）。依反面解釋，如無維持審級制度之必要，第二審法院對於合法之上訴，應自為調查、審判，不得因第一審訴訟程序有重大瑕疵，即廢棄其判決而將事件發回原法院，即令兩造同意將該事件發回原法院，亦無不同（最高法院92年度台上字第423號判決意旨參照）。

3、須未經兩造同意願由第二審法院自為裁判：

第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院於為發回判決前，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，此觀民事訴訟法第451條第2項規定自明（最高法院100年度台上字第1630號判決意旨參照）。觀該條項92年2月7日修法意旨係以「依原第二項規定，於有第一項情形，如兩造合意願由第二審法院就該事件為裁判者，應即自為判決。惟第一審之訴訟程序有重大瑕疵之情形，當事人未必知悉，且如未予當事人陳述意見之機會，亦無從知悉兩造是否願由第二審法院就該事件為裁判，致原第二項幾無適用餘地。又第二審法院之管轄，非可由兩造合意定之，故『合意』一詞不甚妥適。而第二審法院知第一審訴訟程序有重大之瑕疵，常在審理之前，兩造固無從同意，第二審法院亦不能即為判決，故原規定『應即自為判決』，亦不妥適。爰修正第二項」。

（三）第二審法院有裁量權：

然第一審之訴訟程序縱有重大瑕疵，第二審法院仍得裁量

是否廢棄原判決發回原法院（最高法院106年度台抗字第796號裁定意旨參照）。亦即第二審法院是否依前開規定為發回之判決，由其斟酌情形自由裁量之（最高法院84年度台上字第2794號判決意旨參照）。詳言之，第一審訴訟程序有重要瑕疵者，第二審法院雖得廢棄第一審判決及程序中瑕疵之部分，將該事件發回第一審法院，但應否發回，在第二審法院原得斟酌情形定之，並非必須發回（最高法院98年度台聲字第846號裁定意旨參照）。

（四）得不經言詞辯論為之：

民事訴訟法第451條第1項之判決，得不經言詞辯論為之，民事訴訟法第453條亦定有明文。

二、不到場之當事人未於相當時期受合法之通知，不備一造辯論之要件而為一造辯論判決，訴訟程序顯有重大瑕疵：

（一）法律規定：

按「言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決。」民事訴訟法第385條第1項前段固定有明文。惟「不到場之當事人未於相當時期受合法之通知者」，法院應以裁定駁回前開聲請，並延展辯論期日，則經同法第386條第1款著有明文。

（二）民事訴訟法第385條、第386條係關於一造辯論而為判決應踐行程序所為之規定，未依該規定而為一造辯論判決，可認為訴訟程序有重大瑕疵（最高法院98年度台聲字第846號裁定意旨參照）。亦即言詞辯論期日不到場之當事人如未於相當時期受合法之通知，第一審法院如逕依到場當事人之聲請命一造辯論而為判決，其訴訟程序即不得謂無民事訴訟法第451條第1項所稱之重大瑕疵（最高法院69年台上字第3752號判例意旨參照）。前開情形，若依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為未到場當事人敗訴之判決，該判決即屬違背法令（最高法院96年度台上字第2031號判決意旨參照）。

（三）實例：

「上訴人在原審之言詞辯論期日通知書，既未合法送達，乃原審竟准許被上訴人之聲請，對上訴人為一造辯論判決，其踐行之訴訟程序顯有重大瑕疵，基此對於上訴人所為之判決自屬違背法令。」（最高法院95年度台上字第2870號判決意旨參照）。

三、對於不到場當事人所為之傳喚，違背關於就審期間之規定者，該當事人即係未於相當時期受合法之傳喚，第一審法院如逕依到場當事人之聲請命一造辯論而為判決，訴訟程序亦有重大瑕疵：

（一）法律依據

「訴狀，應與言詞辯論期日之通知書，一併送達於被告。前項送達，距言詞辯論之期日，至少應有10日為就審期間。但有急迫情形者，不在此限。曾行準備程序之事件，前項就審期間至少應有5日。」民事訴訟法第251條定有明文。

（二）就審期間之制度設計目的：

按應留之就審期間，係使被告準備辯論及到場辯論之期間，並係為保護被告或被上訴人之利益而設（最高法院83年度台上字第766號判決意旨參照）。

（三）違背就審期間規定，該當事人即係未於相當時期受合法傳喚，若准一造辯論判決，訴訟程序即有重大瑕疵：

對於不到場當事人所為之傳喚，違背關於就審期間之規定者，該當事人即係未於相當時期受合法之傳喚（最高法院29年度渝上字第1545號判例意旨參照）。申言之，倘違背關於10日就審期間之規定，准由一造辯論而為判決，訴訟程序自有重大瑕疵（最高法院69年台上字第1522號判例意旨參照）。

（四）實例：

1、「本件第一審之第一次言詞辯論期日通知書、及起訴狀繕本，係於六十八年九月三日送達於被上訴人，按法令，審判或法律行為所定之期日或期間，其計算依民法之規定，

以日定期間者，其始日不算入，並以期間末日之終止，為期間之終止，民法第一百十九條，第一百二十條第二項，第一百二十一條第一項分別定有明文。則自送達之翌日即九月四日起算，至九月十三日止始滿十日，第一審係定於六十八年九月十三日行言詞辯論，即屬違背關於十日就審期間之規定。其准由上訴人一造辯論而為判決，訴訟程序自有重大之瑕疵。」（最高法院69年台上字第1522號判例意旨參照）。

2、「本件原審定八十年一月二十二日為言詞辯論期日，此項期日通知，係於八十年一月十七日送達於上訴人賴○○，有送達證書附卷可稽，距原審八十年一月二十二日言詞辯論期日，顯未預留十日之就審期間，上訴人賴○○即係未於相當時期受合法之通知，乃原審竟以上訴人賴○○無民事訴訟法第三百八十六條所列各款情形而不到場，依被上訴人聲請，准由其一造辯論而為判決，其訴訟程序顯有重大之瑕疵，依首揭說明，自屬違背法令。」（最高法院80年度台上字第1525號判決意旨參照）。

四、寄存送達法律見解分析：

（一）法律規定：

「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。」、「寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」、「寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存二個月。」民事訴訟法第138條定有明文。

（二）寄存送達之要件：

按民事訴訟法第138條之規定為寄存送達，除須將應送達之文書寄存送達地之自治或警察機關外，並須作送達通知書兩份，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，俾應受送達人知悉寄存之事實，前往領取，二者缺一均不能謂為合法之送達，此觀該條第1項規定自明（最高法院106年度台抗字第130號、102年度台抗字第1040號、94年度台抗字第488號裁定意旨參照）。

1、須寄存送達地之自治或警察機關：

所謂送達地之自治或警察機關，係指管轄應行送達處所之自治或警察機關，且須應受送達人實際住居於該管自治或警察機關轄區內，該自治或警察機關始有受理及保管訴訟文書之權責，並得視為應受送達處所（人）之延伸，不論應受送達人是否領取訴訟文書，均發生送達效力（最高法院105年度台抗字第625號裁定意旨參照）。

2、若未作送達通知書兩份，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，送達即非適法：

(1)「依民事訴訟法第一百三十八條規定所為之寄存送達，依首揭說明，除須將應送達之文書寄存送達地之自治或警察機關外，並須製作送達通知書記明寄存文書之處所，黏貼於應送達人之住所、事務所或營業所門首，俾應受送達人知悉寄存之事實前往領取，兩者是否俱備，關係該支付命令是否合法送達而生確定力，再抗告人既有爭執，原法院未遑調查澄清，遽以前揭情詞為再抗告人不利判斷，已有未合。」（最高法院96年度台抗字第8號裁定意旨參照）。

(2)「本件再抗告人一再否認伊之門首及所設信箱有任何郵務士黏貼之通知書，而原法院謂另一份通知書黏貼於其他適當位置，究竟何所在？並未具體明確，所為送達是否適法，尚非無疑義。倘再抗告人已設有明顯之信箱，卻未予黏貼通知書，或黏貼其他位置，是否足以使應受送達人知悉寄存之事實？尤待釐清，凡此均與系爭裁定送達是否合法攸關。原法院未詳探究明，遽為不利於再抗告人之判斷，難謂無適用法規顯有錯誤之情事。」（最高法院104年度

台抗字第157號裁定意旨參照）。

(3)「查依卷附送達證書之記載，送達人係將台中地院准許拍賣抵押物之裁定，寄存於台北市政府警察局大安分局新生南路派出所。至於有無製作送達通知書黏貼於再抗告人之門首，送達證書上並未表明。抗告法院未注意及此，遽認台中地院之裁定已合法送達於再抗告人，再抗告人之抗告已逾期，將其駁回，尚有未合。」（最高法院80年度台抗字第177號裁定意旨參照）。

(4)「依前揭九十年十一月十四日寄存送達證書所示，其上僅蓋有桃園縣警察局中壢分局中壢派出所之圓戳記，而未於送達方法之欄位勾選未能交付送達之原因，亦未清楚記載有無作送達通知書，粘貼於應受送達人之門首，以為送達。故就形式以為觀察，亦無法證明送達人已踐行送達程序，而依規定作通知書，粘貼於應受送達人住居所、事務所或營業所門首，俾便受送達人知悉寄存之事實，而此關乎上開支付命令是否合法送達，或逾期無法送達而失效力，及本件異議是否逾期之判斷，乃桃園地院未予詳查，遽認支付命令已合法送達，而以異議逾期為由駁回相對人公司之異議，自有未合。」（最高法院93年度台抗字第110號裁定意旨參照）。

(5)「宜蘭地院將本件支付命令正本交郵政機關為送達，雖寄存於宜蘭縣警察局羅東分局成功派出所，然於寄存時，究竟有無另製作送達通知書，記明『寄存文書之處所』，黏貼於應受送達人即相對人之住居所門首？即有詳查郵政機關是否確已踐行「寄存送達」法定程序之必要。原法院未為調查說明，遽以上開理由，為不利於抗告人之裁定，自嫌速斷。」（最高法院91年度台抗字第667號裁定意旨參照）。

(6)「查本件依板橋地院卷附送達證書記載，送達人係將支付命令寄存於安平派出所，然送達人有無製作送達通知書，記明寄存文書之處所，黏貼於相對人之門首，送達證書上

均未註明，則此攸關寄存送達是否合法之事由，自應向郵務及警察機關相關人員查明。板橋地院未予詳查，遽認上開支付命令已合法送達於相對人，而以相對人於支付命令送達後，逾二十日之不變期間提出異議，裁定駁回相對人之異議，尚有未洽。」（最高法院89年度台抗字第458號裁定意旨參照）。

（三）何謂自寄存之日起，經10日發生效力：

1、按民法第120條第2項為：「以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。」，是有關寄存送達發生效力所應經之10日期間，應自寄存日之翌日起算，再依民法121條第1項規定：「以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止，為期間之終止。」，是寄存送達發生效力所應經之10日期間，係以其期間末日之終止，為10日期間之終止，此後即開始計算所應為訴訟行為之法定不變期間（最高法院94年7月5日94年度第1次民、刑事庭會議決議意旨參照）。

2、實例：

「再抗告人所辯諸般事由，既均無足採信，第一審將本件判決書正本依再抗告人於準備程序及歷次審判程序時所陳報之住所即其戶籍地址為送達，因未獲會晤本人，亦無受領文書之同居人或受僱人，而寄存於轄區警察機關即百福派出所乙節，自屬合法，本件判決書於一〇四年八月十三日已合法寄存送達予再抗告人，自上開日期加計十日，即已發生送達效力，至再抗告人實際有無於該時間之前至警察機關領取判決，則非所問。」（最高法院105年度台抗字第171號裁定意旨參照）。

五、經查：

（一）原審行言詞辯論程序，因上訴人未到庭，而依被上訴人之聲請由其一造辯論而為判決：

緣上訴人因毀損他人物品、傷害等案件，經臺灣花蓮地方檢察署檢察官提起公訴（原法院108年度易字第52號），

被上訴人遂在該案審理中，於108年6月19日對上訴人提起附帶民事訴訟（原法院108年度附民字第76號），嗣前開案件於108年7月18日判決，原法院於同日因認附帶民事訴訟部分案情繁雜，非經長久時日不能終結其審判，而將附帶民事訴訟移到原法院民事庭（原法院108年度訴字第298號），然無論在附帶民事訴訟階段或在原審中，均未曾行準備程序，上訴人亦未曾提出任何答辯狀，原審即定108年12月17日進行言詞辯論程序，因上訴人未到庭，而依被上訴人之聲請由其一造辯論而為判決（見原法院108年度附民字第76號卷第1至3頁、第12頁、第17至20頁、原審卷第9、21頁、第39至41頁）。

（二）本件第一審訴訟程序有重大瑕疵：

1、上訴人提起本件上訴，業已主張原判決雖認於108年12月17日合法傳喚上訴人到庭行言詞辯論程序，然上訴人並未接獲法院通知書，故未出庭等語（見本院卷第10頁），而爭執言詞辯論期日通知書是否合法送達。查原審唯一一次言詞辯論期日通知書，係於108年12月2日以「寄存送達」方式，寄存上訴人戶籍地花蓮縣○○市○○○街○號所轄之警察機關即花蓮縣警察局花蓮分局「美崙派出所」（下稱美崙派出所），有原法院送達證書乙份在卷可稽（見原審卷第29頁）。而前開送達證書固有在送達方法之欄位勾選未能交付送達之原因為「未獲會晤本人、同居人或受僱人」，與勾選並蓋上美崙派出所之圓戳記及「寄存美崙派出所」之長條章，然是否作送達通知書兩份，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，因上訴人爭執其未接獲原法院通知書，則該次言詞辯論期日通知書送達是否適法，揆諸前開說明，尚非無疑義，原法院未遑調查澄清寄存送達之要件是否均具備，遽認上訴人業經合法送達，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，顯有速斷，訴訟程序已

非無重大瑕疵。

2、又縱使該次言詞辯論期日通知書符合寄存送達之要件，然該通知書係於108年12月2日始寄存在上訴人之戶籍地，依民法第119條、第120條第2項及民事訴訟法第138條第2項規定，該寄存送達係於108年12月12日（即自108年12月2日翌日起算，至108年12月12日滿10日）始發生送達效力，惟原審係定於108年12月17日行言詞辯論，顯然違背10日就審期間之規定。上訴人因未於相當時期受合法之通知，原審本應以裁定駁回到場之被上訴人所為一造辯論判決之聲請，然原審逕准由被上訴人一造辯論而為判決，顯害及上訴人之訴訟實施權，揆諸前開說明，其訴訟程序顯有重大瑕疵，自屬違背法令。

（三）本件有維持審級制度認為必要，且兩造未合意由本院就該事件為裁判：

上訴人從未提出任何書狀，又未曾行準備程序之情形下，即由被上訴人一造辯論而為判決，即與少經一審級無異，且不適於為第二審辯論及判決之基礎，上訴人亦明白表示不同意由本院為裁判，希望可以回到地方法院從頭來過等語（見本院卷第31頁），從而兩造亦未合意由本院就該事件為裁判。

六、綜上所述，第一審之訴訟程序既有前開重大瑕疵，為維持審級制度，並保障當事人之程序權，爰不經言詞辯論，將原判決廢棄，發回原法院更為適法之處理，以符法制。

據上論結，依民事訴訟法第451條第1項、第453條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　18　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　18　　日

書記官　蔣若芸