臺灣高等法院民事判決

107年度上字第1427號

上　訴　人　陳奕豪
被上訴人　新昌資產管理股份有限公司
法定代理人　牧野高志
訴訟代理人　潘莉臻
　　陳宛湘

上列當事人間債務人異議之訴等事件，上訴人對於中華民國107年10月17日臺灣臺北地方法院107年度訴字第3113號第一審判決提起一部上訴，並為訴之追加，本院於108年5月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審訴訟費用（含追加之訴部分）由上訴人負擔。

事實及理由

一、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。本件上訴人在原審請求確認原法院90年度訴字第734號判決（下稱系爭判決）及90年度聲字第2152號裁定（下稱系爭裁定）對上訴人失其效力，嗣上訴人上訴後，在本院追加請求確認原法院90年度訴字第734號判決之確定證明對其失其效力（見本院卷第137頁），經核其追加請求之基礎事實均係系爭判決所衍生之爭執，與民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第2款規定相符，應予准許。

二、被上訴人經合法通知未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

三、上訴人主張：伊係原法院90年度訴字第734號請求清償借款事件（下稱系爭借款事件）、90年度聲字第2152號聲請確定訴訟費用裁定之被告及相對人，惟伊自88年2月22日入伍服役迄今，均為軍人，系爭借款事件之起訴狀、系爭判決與系爭裁定均應依民事訴訟法第129條規定為囑託送達，惟均未為之而告確

定，系爭判決與系爭裁定因未合法送達，對伊不生確定判決與確定裁定之效力，伊只能提起確認之訴救濟之。爰請求確認系爭判決及系爭裁定對伊失其效力（上訴人請求超過上開部分，未聲明不服，不在本件審理範圍），又在本院追加請求確認系爭判決之確定證明對伊失其效力。

四、被上訴人抗辯：上訴人於系爭判決有訴訟代理人，依民事訴訟法第70條規定及最高法院44年台抗字第192號判例要旨，對訴訟代理人之送達與委任之當事人送達生同一之效力，上訴人不得主張未合法送達，對其不生效力。系爭判決既經確定，縱有不當或違法情事，在判決之當事人未提起再審之訴得有推翻該判決之確定判決前，此判命給付部分已生既判力，上訴人及法院均應受該確定判決拘束，不容上訴人於本件再為爭執，否則有違民事訴訟法第400條第1項所規定確定判決既判力。

五、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起一部上訴，聲明：㈠原判決就駁回上訴人下列第㈡之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，確認系爭判決及90年度聲字第2152號裁定對上訴人失其效力（上訴人請求超過上開部分，未聲明不服，不在本件審理範圍），並在本院追加請求確認系爭判決之確定證明對上訴人失其效力。被上訴人答辯聲明：上訴及追加之訴駁回。

六、兩造不爭執事項

㈠上訴人自88年2月22日起迄今均為在軍隊服役之軍人（海洋委員會海巡署函見原審卷第101頁）。

㈡系爭判決記載被告為偉光行有限公司、陳炫宏、廖淑貞、上訴人、陳子琴5人，陳炫宏為廖淑貞、上訴人、陳子琴之共同訴訟代理人，系爭判決於90年4月4日宣判並於90年7月18日核發確定證明（見原審卷第125至131頁）。系爭判決送達於陳炫宏，而未囑託上訴人之軍事機關或長官送達。

㈢系爭確定訴訟費用額裁定，上訴人部分寄存送達於上訴人當時戶籍基隆市○○路○○巷○○號5樓所在地之警察派出所。

㈣被上訴人於107年4月3日以基隆地院91年度執字第6133號債權憑證（原執行名義為系爭判決及系爭裁定）為執行名義，

聲請對偉光行有限公司、陳炫宏、廖淑貞、上訴人、陳子琴5人為強制執行，經基隆地院107年度司執字第8928號囑託臺中地院107年司執助第1801號執行，被上訴人自107年7月2日起至108年3月4日止共收取上訴人薪資25萬0,601元，尚有不足金額。

七、本件爭點

上訴人主張系爭借款事件起訴狀、系爭判決及系爭裁定，未依民事訴訟法第129條囑託其軍事機關或長官送達，請求確認系爭判決及確定證明、系爭裁定對上訴人失其效力，有無理由？

八、本院之判斷

㈠按確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起；所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言；又確認法律關係成立或不成立之訴，以確認現在之法律關係為限，如已過去或將來應發生之法律關係，則不得為此訴之標的，惟過去成立或不成立之法律關係延續至現在尚存續者，仍不失為現在之法律關係，而得為確認之訴之標的（最高法院52年台上字第1240號判例、91年度台上字第299號判決意旨參照）。上訴人主張系爭判決及其確定證明、系爭裁定對其失其效力，為被上訴人所否認，並以系爭判決、系爭裁定為執行名義對上訴人聲請強制執行（臺灣基隆地方法院107年度司執字第8928號，見原審卷第119頁），兩造就系爭判決及系爭裁定之效力既有爭執，致上訴人主觀上就私法上地位有不安狀態，且得以確認判決除去，上訴人提起本件訴訟自有確認利益。

㈡上訴人請求確認系爭判決及確定證明、系爭裁定對其失其效力，為無理由。

1.上訴人主張：系爭借款事件起訴狀、系爭判決及系爭裁定，未依民事訴訟法第129條囑託其軍事機關或長官送達，請求確認系爭判決及確定證明、系爭裁定對伊失其效力云云。被

上訴人則否認系爭判決及確定證明、系爭裁定對上訴人失其效力。

2.民事訴訟法第129條規定：「對於在軍隊或軍艦服役之軍人為送達者，應囑託該管軍事機關或長官為之。」上訴人自88年2月22日起迄今均為在軍隊服役之軍人，為兩造所不爭執，並有海洋委員會海巡署107年8月31日署人任字第1070019755號函在卷稽（見原審卷第101頁），則訴訟文書依上開規定，應囑託該管軍事機關或長官送達，而系爭判決及系爭裁定雖均未囑託送達，為兩造所不爭執，惟依上訴人之主張，系爭判決未經合法代理而送達不合法，而系爭裁定因送達不合法未確定需重新送達，縱認屬實，亦均僅係送達問題，此與系爭判決及確定證明、系爭裁定本身之效力，核為二事，該等文書對上訴人並不因此而失其效力。上訴人請求確認系爭判決及確定證明、系爭裁定對其失其效力，自無理由。

3.至上訴人所提原證4之原法院106年度重訴字第108號民事判決主文固記載「確認本院83年度促字第8661號支付命令及其確定證明書及本院85年度執禾字第8268號債權憑證對原告均失其效力。」，乃因支付命令於核發後3個月內不能送達於債務人者，依民事訴訟法第515條之規定，其命令失其效力，該事件爭執之支付命令之債務人為在軍隊服役之軍人，因支付命令於核發後3個月內未合法送達而失其效力，有原法院106年度重訴字第108號判決可稽（見原審卷第33至53頁）。然本件系爭判決及系爭裁定，均非支付命令，並無上述支付命令核發後3個月內不能送達失其效力規定之適用，而判決及裁定，並不因3個月內未送達而失其效力。本件與原證4原法院106年度重訴字第108號民事判決二者具體個案不同，無從比附援引。併予敘明。

㈡上訴人主張系爭判決未經合法代理部分，得提起再審之訴救濟。

1.按當事人於訴訟未經合法代理者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服，民事訴訟法第496條第1項第5款定有明文

。次按以第496條第1項第5款情形為再審之理由者，不適用第500條第2項但書「自判決確定後已逾5年者，不得提起」之規定，為民事訴訟法第500條第3項所明定。

2.民事訴訟法第496條第1項第5款所謂當事人於訴訟未經合法代理，係指確定判決之本案訴訟之代理人權限有欠缺，或應由代理人代為訴訟行為而未由代理人為之等情形而言。系爭借款事件卷宗因已逾保存年限而銷燬（原法院107年12月21日函見本院卷第65頁），然系爭判決記載陳炫宏為訴訟代理人（見原審卷第125頁，本院卷第65頁），上訴人主張其於系爭借款事件並未委任陳炫宏為訴訟代理人，則依上訴人之主張，屬確定判決之本案訴訟之代理人權限有欠缺之情形。對於系爭借款事件之確定判決，如上訴人於訴訟未經合法代理，依民事訴訟法第496條第1項第5款之規定，得提起再審之訴，而依同法第500條第3項之規定，不受判決確定後逾5年不得起之限制。附此敘明。

九、綜上所述，上訴人請求確認系爭判決、系爭裁定對其失其效力，為無理由。從而，原審就此部分所為上訴人敗訴之判決，所持理由有不同，惟結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另上訴人在本院追加系爭判決之確定證明對其失其效力部分，亦為無理由，應予駁回。並依民事訴訟法第78條規定，為訴訟費用負擔之判決。

十、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

十一、據上論結，本件上訴及追加之訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　28　　日

民事第八庭

審判長法　官　陳邦豪

法　官　胡芷瑜

法　官　周美雲

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　108　　年　　5　　月　　29　　日

書記官　呂　筑

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。