

## 送達之不知與民事訴訟法 164 條之 回復原狀

王欽彥\*

### 【目次】

- 壹、概說
- 貳、補充送達與回復原狀
- 參、寄存送達與回復原狀
- 肆、公示送達與回復原狀
- 伍、聲請回復原狀之一年期限
- 陸、結語

### 摘 要

於送達非本人親收之情形，不無可能本人未收到或未及時收到文書，待知悉時已遲誤期日、或遲誤得提起上訴或抗告、聲明異議等之法定期限。此際，民訴 164 條之回復原狀制度似可提供救濟，即本人於知悉後 10 日內仍為提起上訴等之訴訟行為，並主張其逾期係不應歸責，聲請法院准許其回復到遲誤前之狀態。若法院准許，則其上訴等

---

\* 靜宜大學法律學系副教授、神戶大學法學博士。本文初稿曾於民事訴訟法研究基金會第 123 次研討會 (2014 年 6 月 8 日，台灣大學法學院) 報告，承蒙邱聯恭、許士宦、范光群、王甲乙、陳添輝、沈方維、陳真真、陳毓秀、陳鵬光、周廷翰等諸位老師指導賜教，獲益良多，謹此致謝。研討會討論記錄將刊登於《法學叢刊》，敬請參考。本文為除錯、修正後之版本。另感謝《靜宜法學》2 位審稿委員指教。

將被視為係在期限內所為。本文對回復原狀制度對不知送達情形之救濟可能性加以考察，結論認為我國法院之法解釋十分嚴格，與德國、日本之狀況相對照，亦顯得十分不合理。

**關鍵字：**送達、訴訟權、回復原狀、再審、不變期間。

## 壹、概說

法院文書之送達，有數種方式。除了在法院內面交當事人（以下略稱「本人」）外<sup>1</sup>，實務上多由郵差遞送，由本人親收；本人不在時，可交付給同居人或受僱人（補充送達）<sup>2</sup>；無人在家時，則寄存於自治或警察機關（寄存送達）<sup>3</sup>。若住所不明，則行公示送達<sup>4</sup>。於非本人親收之情形，不無可能本人未收到或未及時收到文書（訴狀、言詞辯論通知書、判決、裁定或支付命令等），待知悉時已遲誤期日、或遲誤得提起上訴或抗告、聲明異議等之法定期限。此際，民訴 164 條之回復原狀制度提供一救濟可能，即本人於知悉後 10 日內（回復原狀之期間，我國為 10 日，雖較日本之 1 周〔當事人在國外時為 2 個月〕為長，但德國係原則 2 周，且就第二審上訴〔Berufung〕、第三審上訴〔Revision〕、第二審法院不許上訴時向第三審法院提起抗告〔Nichtzulassungsbeschwerde〕、法律抗告〔Rechtsbeschwerde〕等情形之理由書提出期限之回復原狀，規定為 1 個月，ZPO 234 條 1 項）仍為提起上訴等之訴訟行為，並主張其逾期係不應歸責，聲請法院准許其回復到遲誤前之狀態。若法院准許，則其上訴等將被視為係在期限內所為。本文擬對回復原狀制度在不知送達情形之救濟可能性加以考察。又民訴法 164 條僅規定「不變期間」之回復原狀。若遲誤者非「不變期間」，我國法院不許回復原狀<sup>5</sup>。對此，固然可能主張「類推適用」民訴 164

<sup>1</sup> 民訴 126 條。類似於日本民訴 100 條、德國民訴（ZPO）173 條（但，姜世明，〈送達論〉，載《月旦法學教室》，103 期（2011 年 5 月），頁 76 之條文翻譯似有誤）。

<sup>2</sup> 民訴 137 條。類似於日本民訴 106 條、ZPO 178 條。但在德國「補充送達」（Ersatzzustellung）係指交付本人以外之所有代替性之送達形態，包括留置送達、寄存送達等。我國「補充送達」一詞之概念，與日本同。

<sup>3</sup> 民訴 138 條。類似於 ZPO 181 條。日本現無此制度（參見後註 59）。

<sup>4</sup> 民訴 149 條以下。類似於日本民訴 110 條以下，ZPO 185 條以下。

<sup>5</sup> 故法院命上訴人補正上訴要件欠缺之裁定期間（最高法院 90 台抗 334 號裁定、同院 102 台聲 333 號裁定、同院 95 台抗 714 號裁定），遲誤法院命繳納裁判費之期間（最高法院 89 台抗 174 號裁定），不得聲請回復原狀。兩造均遲誤 2 次言詞辯論期日被視為撤回起訴後，亦不得聲請回復原狀（最高法院 89 台抗 258 號裁定）。

條，但此非本文重點，故省略之<sup>6</sup>。

一、聲請回復原狀，係用於送達合法生效，但當事人因「不應歸責於己之事由」遲誤不變期間之情形。若送達並不合法，則於當事人實際收受送達文書時始生送達效力<sup>7</sup>，而開始不變期間之計算<sup>8</sup>，此時當事人應直接於原不變期間內為應為之訴訟行為（如上訴或抗告），並無遲誤期間而須聲請回復原狀之問題<sup>9</sup>。若當事人聲請回復原狀，該聲請會被法院以「無從准許」駁回<sup>10</sup>。惟聲請回復原狀應同時補正期間內應為之訴訟行為（民訴 165 條 3 項），故雖回復原狀之聲請被駁回，但「補正」之訴訟行為將被認為有效<sup>11</sup>。

<sup>6</sup> 日本學者有將回復原狀規定類推適用於若干其他期間之主張。立法例上，奧地利民訴法容許對期日缺席聲請回復原狀。兼子一ほか，《條解民事訴訟法》，2011 年 2 版，頁 435、446。

<sup>7</sup> 陳榮宗/林慶苗，《民事訴訟法》中冊，2009 年 7 版，頁 397（於本人確實接獲裁判正本之時點起算不變期間）。不過，例如當事人係閱卷得知其事時，則不以其受交付文件正本為必要。於嘉義地院 101 嘉再簡 1 號裁定（法官王昌國），法院認為「依經驗法則判斷，至遲於再審原告自閱覽該卷宗後應已知悉，則再審原告未於知悉系爭支付命令存在之日起 30 日內」提起再審之訴，即非合法。新北地院 102 事聲 87 號裁定（法官黃若美）亦認為應自閱卷知悉起 10 日內聲請回復原狀。

<sup>8</sup> 楊建華/陳心弘，《問題研析民事訴訟法》，第 1 冊，2010 年，頁 551 舉例謂：程序進行中當事人遷居而未向法院陳明，法院仍向原住居所送達判決正本，因無人應門而為寄存送達，嗣後當事人由鄰居得悉情事而前往領取，則因送達時該處已非當事人住居所，寄存送達不合法，應以當事人嗣後實際領取判決正本時發生送達效力，上訴期間自翌日起算。

不過，倘若郵差以遷移不明退回，法院可為公示送達（民訴 149 條 4 項），其後將無回復原狀之問題，見台北地院 102 北簡聲 91 號裁定（法官文衍正）：「若有地址變更而未陳報本院之情事，亦不符合民事訴訟法第 164 條第 1 項所稱『不應歸責於己之事由』的構成要件，自無從依該條規定聲請回復原狀」。因郵差投遞之偶然事由，將造成截然不同之後果。

<sup>9</sup> 但陳榮宗/林慶苗（註 7）398 頁認為：「不合法之送達既然不生送達效力而視為送達不存在，則上訴之不變期間無從起算，原則上得以聲請回復原狀之程序為救濟，蓋送達不合法之法院判決始終不生確定也」。

<sup>10</sup> 最高法院 99 台抗 739 號裁定；台高院 101 抗 1324 號裁定；基隆地院 101 聲 56 號裁定。

<sup>11</sup> 於一事例，遭強制執行之甲依強制執行法 12 條聲請異議，異議狀書明其地址為士林區新址，執行法院之司法事務官裁定卻送達於其舊家，該大樓管理員後來聯絡上甲前

不過，若當事人應聲請但未聲請回復原狀，而逕為該已遲誤之訴訟行為（上訴或抗告或聲明異議等），則待法院以遲誤不變期間為由駁回後，當事人想再聲請回復原狀，應已遲誤聲請回復原狀之 10 日不變期間，而不被准許<sup>12</sup>。實務上不乏法院指出當事人未聲請回復原狀之例<sup>13</sup>。於新竹地院 100 事聲 18 號裁定（法官蔡孟芳），支付命令於 100 年 1 月 6 日送達，債務人於 1 月 28 日始聲明異議，遭司法事務官於 2 月 8 日裁定駁回。債務人對該裁定聲明異議，主張其因病住院開刀，實際收受支付命令時已逾 20 日之異議期間，不應歸責，又支付命令中所命給付 50 萬元部分，其已清償，債權人亦已承認收受，應許其就支付命令聲明異議。法院謂：「異議人於 1 月 28 日對支付命令聲明異議時，並未陳明遲誤不變期間之不可歸責原因而聲請回復原狀，即至其提起本件聲明異議時，亦未表明請求回復原狀之旨，況縱從寬認定異議人提起本件異議時，有聲請回復遲誤支付命令異議不變期間之意，其聲請亦已逾……10 日不變期間而無從准許」。另，新北地院 102 事聲 87 號裁定（法官黃若美）謂：「聲明異議人既係因出境以致遲誤提出異議之 20 日不變期間，固可認屬其他不可歸責於己之事由……雖可聲請回復原狀……詎聲明異議人於提起本件聲明異議時，竟未一併表明回復原狀之意旨，是亦難認渠之所為係與回復原狀之聲請要件相符」；抗告審新北地院 102 抗 119 號裁定（法官高文淵、劉以全、陳映如）亦同。

---

往取信，甲於其後聲請回復原狀並對該司法事務官裁定聲明異議。板橋地院 100 事聲 76 號裁定（法官張筱琪）駁回回復原狀之聲請及異議。抗告審台灣高等法院 100 抗 816 號裁定（法官林恩山、陳雅玲、黃國忠）以原審未查明真正住居所而廢棄發回。更審板橋地院 100 事聲更一 4 號裁定（法官吳幸娥）認為，甲確已搬至新址，原執行法院誤以甲之戶籍地為送達地址，不生送達效力，故異議期間無從起算，本件執行法院裁定應尚未確定，即無回復原狀必要，故駁回回復原狀之聲請，同時認為甲係於實際收受文書起 10 日內聲明異議，係合法。

<sup>12</sup> 參見王甲乙/楊建華/鄭健才，《民事訴訟法新論》，2009 年，頁 185。

<sup>13</sup> 如花蓮地院 101 聲 87 號裁定（法官沈培錚）（當事人住院，由其子代收送達）。

惟我國民訴制度容許本人訴訟，訴訟法又具技術性，法院應從擁護當事人程序保障之角度，於當事人雖未寫出「聲請回復原狀」四字，但主張不應歸責事由時，善解其有聲請回復原狀之意。探求當事人之真意，係解釋意思表示之原則（民法 20 條）。德國學者於其 ZPO 236 條 2 項 1 句（「回復原狀之聲請須表明原因事實；此須於聲請中或於聲請之程序中釋明」）之解釋，係認為回復原狀之聲請，毋庸明示，默示亦可<sup>14</sup>。其態度顯較我國法院進步。ZPO 236 條 2 項 2 句並規定法院得依職權回復原狀（「在聲請期限內須補行遲誤之訴訟行為；若有此情形，回復原狀得不經聲請而被賦予」）<sup>15</sup>。我國法院應從寬推認當事人之真意，並應行使闡明權，向當事人發問或曉諭，令其為必要之聲明或陳述，或令其補充（回復原狀之）聲明或陳述（民訴 199 條 2 項）<sup>16</sup>。自當事人之陳述可窺知其應有聲請回復原狀之真意而未予闡明，應認為違反闡明義務。若不從實質保障當事人之程序參與之角度思考，以技術性推論使訴訟結果與實體法狀態不符，恐難使紛爭得到符合公平正義感情之合理解決。又送達是否合法，有時甚難判斷（例如涉及同居人或住所地之認定）<sup>17</sup>，例如若當事人認為送達無效係有合理依據，而於實際知悉送達之事起 20 日以內提起上訴或對支付命令提出異議，則即便法院認為送達有效、而當事人已逾聲請回復原狀之 10 日不變期間時，亦應寬認當事人之誤判係不應歸責<sup>18</sup>，容許對其回復原狀不變期間之回復原狀（民訴 164 條 2 項）。

<sup>14</sup> 詳見 Stein/Jonas ZPO, 22.Aufl., 2004, §236, Rz.4 f. (Roth).

<sup>15</sup> 詳見 Stein/Jonas (a.a.O.) §236, Rz.14f. (Roth); Zöller ZPO, 28.Aufl., 2010, §236, Rz. 3 ff. (Greger).

<sup>16</sup> 德國學者亦有提及法院行使闡明義務（ZPO 139），依職權回復原狀者。Saenger(Hrsg.), Handkommentar ZPO, 5.Aufl., 2013, §236, Rz.8(Saenger); Stein/Jonas §236, Rz.14(Roth).

<sup>17</sup> 例如台南高分院 96 抗 366 號裁定（法官林金村、胡景彬、張世展）（收受支付命令補充送達之親屬與本人戶籍登記不在同一戶，但同居人並非泛指同居一室之人，必須要有同財共居之事實，故其非同居人，送達不合法）。類似情況見台南高分院 96 抗 362 號裁定（法官王惠一、蘇重信、林永茂）；苗栗地院 88 重訴 36 號判決。另外，如 94 歲母親代收 15 萬元之支付命令（新竹地院 97 簡抗 1 號裁定），不無送達無效可能。關於住所地之認定，參見後註 44 以下、後註 49。

<sup>18</sup> 在德國，若法律見解之錯誤係不可避免者，得回復原狀。BGH（德國聯邦法院）曾

於一主張值班員警疏失，有二份寄存送達，卻漏未交付一份，致其錯失上訴機會，而提起再審之例，屏東地院 97 再 7 號裁定（2008 年 12 月 10 日，法官孫國禎、涂春生、張以岳）以其未表明再審事由，逕以不合法駁回。當事人提起抗告，主張其與其訴訟代理人「並非專業法律人士，不熟法律條文，致該書狀誤載提起再審之訴及誤引法條」，惟其真意乃聲請回復原狀及聲明上訴，原裁定誤將其聲請駁回「自屬違誤，爰請廢棄原裁定」。高雄高分院 98 抗 18 號裁定（2009 年 2 月 17 日，法官許明進、徐文祥、張明振）認為，「經核視其在原法院所提書狀之實質內容，真意係欲回復原狀，應屬可採，原法院未究其內容，若有不明瞭或不完足之情，亦未令其敘明或曉諭補足，遽而遽認抗告人係提起再審之訴，並認再審之訴不合法予以駁回，尚有未合」，而廢棄發回。其後，屏東地院 98 聲 122 號裁定（2009 年 4 月 21 日，法官胡晏彰）准予回復原狀。相對人對此提起抗告，高雄高分院 98 抗 163 號裁定（2009 年 6 月 16 日，尤三謀、林健彥、謝肅珍）認為原法院「探求相對人真意，以回復原狀之聲請處理之，核無違誤」，而駁回抗告。本案例中法院之處理值得贊同。

二、聲請回復原狀，須遲誤期間係因「不應歸責於己之事由」。所謂不應歸責事由，「以事出意外，以通常人之注意不能預見或不可避免之事由，始足當之」（最高法院 87 台聲 366 號裁定）。例如，機車故障被認為係可歸責<sup>19</sup>。實務上，我國法院常非從擁護當事人程序保障之出發點來認定「不應歸責事由」。裁定正本誤將抗告期間 5 日記載為 10 日，致當事人逾期 2 日提起抗告之情形，法院認為應歸責於當事人，不許

---

認為，律師之法律見解在條文、裁判例或文獻上均無依據時，其錯誤係可避免而不許回復原狀。Stein/Jonas §233, Rz.50(Roth). 日本學者有認為，自一般社會通念，就法律狀態難以期待正確判斷時，係不應歸責，就當事人本人與就律師之訴訟代理人，判斷應否歸責之基準不同。條解（前註 6）443 頁（竹下守夫＝上原敏夫）。

<sup>19</sup> 參見最高法院 98 台抗 1002 號裁定。

回復原狀<sup>20</sup>。判決正本誤將可以上訴寫成不得上訴之情形，亦不得回復原狀<sup>21</sup>。因此，於不知送達之情形，是否能讓法院認為係「不應歸責」，即成可否回復原狀之關鍵。以下就補充送達、寄存送達和公示送達，考察相關問題。

## 貳、補充送達與回復原狀

一、於補充送達，若收受文書之同居人或受僱人因故未及時轉交本人<sup>22</sup>，本人日後可否聲請回復原狀？

我國學者之有力見解（或應認係通說），係認為同居人或受僱人未轉交係可歸責於本人，不許回復原狀（姚瑞光《民事訴訟法論》（2012）286頁：「因同居人、受僱人不將受領之裁定正本轉交而遲誤抗告期間，或因指定之送達代收人之過失而遲誤提出異議期間，均係應歸責於己之事由，不得聲請回復原狀」。吳明軒《民事訴訟法》上冊（2013年10版）461頁：「當事人或代理人之同居人、受僱人或代收送達人於收領判決或裁定後，未為轉交，致遲誤不變期間者，均非不應歸責於當事人或代理人之事由，不得以此為聲請回復原狀之原因」）。亦即，當事人

---

<sup>20</sup> 最高法院 89 台聲 391 號裁定；最高法院 87 台聲 366 號裁定；台灣高等法院暨所屬法院 56 年度法律座談會民事類第 12 號；台灣高等法院暨所屬法院（77）廳民四字第 296 號座談意見。對此，本文贊成楊建華『民事訴訟法實務問題研究』（1994）110 頁之看法：「抗告期間究為幾日，非通常人皆能知悉，法院在裁定正本記載之期間，原應絕對正確，茲尚不免錯誤，當不能期當事人較法院有更多之法律知識，當事人因信賴法院裁定正本而遲誤不變期間，應認為係……不應歸責」。

德國於 2012 年修改 ZPO 232、233 條（2014 年施行），規定裁判書須記載救濟手段及其法院、期間、程式（Form）等；記載錯誤或疏漏時，就回復原狀推定不應歸責。修法理由（Bundesrat Drucksache 308/12, S.21）說明其係比照 2009 年「家事及非訟事件法」（FamFG）17 條。FamFG 17 至 19 條係關於回復原狀之規定。其係首度在非訟領域就回復原狀做出廣泛性（umfassend）規定，立法者刻意不使其僅準用民訴法。Saenger(Hrsg.), Handkommentar ZPO, 5.Aufl., 2013, FamFG §17, Rz.1(Kemper). 並參見其立法理由 Bundestag Drucksache 16/6308, S.183.

<sup>21</sup> 最高法院 87 台上 2855 號裁定（法官朱錦娟、蘇茂秋、蘇達志、顏南全、葉賽鶯）。

<sup>22</sup> 例如屏東地院 89 再 7 號裁定（法官黃義成）事例（父在屏東戶籍地收受住雲林公司宿舍之子之支付命令，未為轉告，法院駁回再審）。

須無條件承擔其同居人或受僱人未轉交之責任。另有類似見解認為，「如因不可歸責於『同居人』或『受僱人』之事由，致未能將文書轉交當事人或訴訟代理人（例如於收受後死亡），如當事人或訴訟代理人亦不知情時，應解為亦屬『不應歸責於己之事由』」<sup>23</sup>。

我國法官亦持嚴格態度。(a) 判決由大樓管理員收受<sup>24</sup>，當事人上訴逾期、聲請回復原狀，台中高分院 103 聲 7 號裁定（法官邱森樟、謝說容、蔡秉宸）認為，由大樓管理員收受即合於補充送達要件，送達合法生效，「大樓管理員陳○芬縱因身體及心理因素遲致將判決轉交聲請人，亦非屬不可歸責於自己之事由，致遲誤……上訴之期間，聲請人之大樓管理員陳○芬是否延遲轉交判決書，對於該判決業已合法送達之效力不生影響」。(b) 裁定由父親收受，當事人主張其父已近 80 歲高齡，且年邁多病，近期適逢摯友往生，心理悲慟，故未將收受裁定之事告知，迨當事人因工作發生意外，無法工作，返回住處時，始知悉此事，致遲誤抗告期間。新竹地院 99 聲 265 號裁定（法官高敏俐）、

<sup>23</sup> 陳計男，《民事訴訟法論》上冊，2014 年 6 版，頁 328。

<sup>24</sup> 管家或外傭可認係「受僱人」，但公寓大廈管理員未必與本人具僱傭關係，國會討論過程且明白拒絕將管理員「視為受僱人」。1986 年司法院修法委員會「決議將……郵政機關送達訴訟文書實施辦法第 7 條第 1 項之規定納入」民事訴訟法，於 137 條增設第 2 項規定，將「接收郵件人員」視為當事人之同居人或受僱人，《司法院民事訴訟法研究修正資料彙編》（三）655 頁。司法院修法案之理由說明該項增訂係配合實務需要，尤其以「大樓大廈型之房屋」為念。但在國會受立委反對（高育仁：「有責任感的管理員會送達當事人，但沒有責任感的管理員也所在多有……因其已簽收就發生送達效力，這對當事人的權益將造成嚴重的損害」，王拓：「我非常贊成高委員的意見，就是必須考慮到應受送達人的權益。綜觀幾個與送達相關的條文，我們可以看出法院是一直想辦法把送達的責任推出去，比較沒有考慮當事人的權益可能因此而受到重大傷害」，立法院公報 92 卷 2 期委員會紀錄 282 頁）。最後司法院同意不予修正（立法院公報 92 卷 7 期委員會紀錄 176 頁）。法院實務認為大廈管理員「性質上」為受僱人，難認正當。

此外，「郵政機關送達訴訟文書實施辦法」第 8 條將「機關、學校、工廠、商場、事務所、營業所或其他公私團體」之接收郵件人員，視為前開團體之員工或居住人之同居人或受僱人。然而，接受郵件人員性質上並非其他員工之受僱人，其收信性質上係好意代收、給其方便而已。於機關學校因長期假期停止辦公時，收發室可能照常代收，於老師暑假出國等之情形亦同。認為收發室收信就等同於送達本人，並無合理性。

台高院 99 抗 1352 號裁定（法官鄭雅萍、劉坤典、徐福晉）認為：「抗告人之父王懷忠縱因身體及心理因素致未將裁定轉交抗告人，亦非屬不可歸責於自己之事由，致遲誤……抗告期間，是抗告人之父王懷忠是否轉交或告知裁定之內容，對於該裁定業已合法送達之效力不生影響」，不許回復原狀。(c) 另外，當事人主張其在新竹工作，約一、二週才回台中一次，而掛號信件均由大樓管理員代收，其返回台中取得裁定書時已逾十日，雖其於當日即提起抗告，但遭地院以逾期為由駁回。其提起抗告。台中地院 93 簡抗 1 號裁定（法官張恩賜、周靜秀、李國增）認為，原裁定由「抗告人住居地……之大廈管理員代為簽收……其 10 日抗告期間，業於 92 年 11 月 3 日屆滿，惟抗告人於 92 年 11 月 6 日始具狀提起抗告……既顯逾抗告期間，自非合法。抗告人雖陳稱其因在外地（新竹）工作，約一、二週才回住居所一次，抗告逾期並非抗告人故意所為……惟此純係抗告人個人事宜，尚不符合民事訴訟法第 164 條所規定可回復原狀之事由」<sup>25</sup>。

二、不過，例如於訴狀或支付命令之補充送達，若同居人或受僱人未為轉交，則被告根本無防禦機會，該程序難認已保障其訴訟權。以國家公權力強制執行該程序結果，不啻侵害其財產權。前開學說實務要本人為同居人或受僱人未轉交之事負責，應有斟酌餘地。

訴狀等送達給當事人而不獲會晤時，可交付給其同居人或受僱人，並以此刻作為送達生效之時點，係因於生活經驗上，同居人或受僱人「應該會」轉交給本人。此外，別無其他合理性基礎<sup>26</sup>。然而，本人並無理由為同居人或受僱人之故意過失負責。因此，同居人或受僱人因其故意過失遲誤轉交，應非可歸責於本人，而應許回復原狀。

<sup>25</sup> 本件係消費者對銀行之支付命令聲明異議而起，故非不可認為其可預見法院通知而未為妥善安排係可歸責。惟法院並非以此為理由。

<sup>26</sup> 民法上關於非對話意思表示之生效採取「到達主義」，其與法院文書之送達所涉及之利益狀況並不相同。前者折衷雙方當事人之利益；後者除涉及當事人在程序上有無機會防禦之基本權外，並涉及當事人所有財產可能遭受剝奪之問題，影響重大。

否則，不啻以同居人或受僱人「應會轉交」之生活經驗，取代憲法對本人之訴訟權「保障」，其不當甚明。

此外，有見解認為，同居人或受僱人係依民訴法規定而為本人收受送達之代理人<sup>27</sup>。日本通說亦認如此<sup>28</sup>。然而，認為同居人等係本人之代理人，再進而認為同居人等之故意過失（未轉交）即等同於本人之故意過失而可歸責，則顯有推論上之問題。蓋將同居人等視為「一種法定代理人」之理由，諒係因法律規定交付給同居人等即生送達效力<sup>29</sup>，此可由「法定代理人」之法律構成加以說明。但同居人等對本人並無須確實轉交之法律上義務。倘其未轉交，本人可否向其求償亦有疑問，則法律規定送達給同居人等即等同於送達本人，並不能成為令本人無條件承擔同居人等未轉交後果之合理依據。倘將民訴 137 條解釋為本人須承擔任何未受轉交風險、須為他人之行為負責，不許回復原狀，則其將有違背憲法保障個人之訴訟權、財產權之旨趣而成為違憲條文（或違憲解釋）之虞。從而，本人未受轉交係應歸責於同居人或受僱人時，並非即為應歸責於本人。

德國學者即認為，送達給同居人或受僱人時，其絕非「送達之法定代理」，僅是「到達之擬制」（Zugangsfiktion）<sup>30</sup>，係建立在收受者依常規會轉達給本人之生活經驗上。既然補充送達僅是「送達擬制」（Zustellungsfiktion），想成「收受送達之法定代理人」係易招誤解<sup>31</sup>。送達之效力固係因法律規定而發生，但同居人或受僱人之過失，並不排除本人聲請回復原狀<sup>32</sup>。亦即，同居人或受僱人並非本人之代理人，

<sup>27</sup> 陳計男（前註 23）339 頁援引日本文獻認為如此。

<sup>28</sup> 條解（前註 6）481 頁（竹下守夫＝上原敏夫）及其引用文獻。伊藤真《民事訴訟法》（2011 年 4 版）241 頁。

<sup>29</sup> 條解 481 頁。

<sup>30</sup> Münchener Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2008, §178, Rz. 3 (Häublein).

<sup>31</sup> Stein/Jonas §178, Rz.2(Roth).

<sup>32</sup> a.a.O.

本人不為他們的過錯（*Verschulden*）負責<sup>33</sup>。因此，家人未轉交或遲交時，可回復原狀；本人委託可靠之人收信及整理信件，該人卻因過失將送達書函弄丟時，係可回復原狀<sup>34</sup>。

我國學者姜世明教授亦援引德國學者見解，於論述「合法聽審權」之「知悉權」（受通知權）時，認為訴訟之通知「若係經由補充送達或留置送達者，則應注意應受送達人是否已實際收受該通知，若未受通知，是否因不可歸責應受送達人之事由所致，亦即，若應受送達人未實際收受該通知，例如，係因補充送達之家庭成員或受僱人之故意或疏忽而未交付所致，或留置送達情形之係因休假或通知單遺失（非應受送達人可歸責事由所致）而造成，則僅於法律在此等情形，賦予應受送達人有回復原狀與再審之救濟途徑時，始能認為不違背合法聽審原則」<sup>35</sup>（此處「留置送達」似應為「寄存送達」之誤）。

於日本，通說判例固認同居人或受僱人係本人就收受送達之法定代理人，但「非因過失不知判決之送達」係屬「不可歸責當事人」，得回復原狀<sup>36</sup>。日本法院有下面之判例可供參考：

（a）盛岡地院昭和 50 年（1975）2 月 26 日裁定： 本人離家月餘，在十公里外之國有林從事木材搬運工作，除卡車外別無交通手段，亦無電話，其妻在家收受支付命令。其主張：其妻為文盲，無辨識事理能力，送達不合法，倘送達合法，即聲請回復原狀、聲明異議。法院認為，其妻雖係文盲，但具辨別事理能力，送達有效，惟本人不知送達係不可歸責，應以其歸宅日為聲明異議期間開始進行之日，而撤

<sup>33</sup> a.a.O., §233, Rz.33, c) dd) (Roth).

<sup>34</sup> Zöller (前註 15), S. 784 (Greger). 並參見 Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht, 17.Aufl., 2010, §69, Rz.27; Schreiber, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozess, JURA, 2011, S. 601, 603f. Büttner, Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand, Deutscher Anwalt Verlag, 1996, S.69 並謂，為了釋明當事人不知其事係不可歸責，應令這些人為「代替宣誓之保證」（*eidesstattliche Versicherung*）。

<sup>35</sup> 姜世明，《民事程序法之發展與憲法原則》，2003 年，頁 70。

<sup>36</sup> 新堂幸司，《新民事訴訟法》，2011 年 5 版，頁 430；梅本吉彥，《民事訴訟法》，2009 年 4 版，頁 570。

銷原裁定，認定聲明異議合法。

(b) 名古屋地院昭和 47 年 (1972) 4 月 11 日判決：「票據訴訟」之訴狀及言詞辯論期日通知書係於昭和 46 年 9 月 3 日、判決書係於 10 月 19 日，均送達到被告住所，由姪女或外甥女收受。被告本人則於 8 月 28 日赴南韓出差，10 月 27 日返抵日本下關港，再搭船到神戶，停留數日才於 11 月 1 日返回名古屋，於 11 月 3 日整理出國期間信件時知悉判決送達之事，隔日即委任律師，於 11 月 6 日向法院聲請回復原狀，並對該「票據判決」聲明異議。原告主張：被告於 10 月 27 日返抵日本即可與家裡電話聯絡，而處於可得知判決送達之狀態，故其不可歸責事由係於此時消滅，從而聲請回復原狀之期間應至 11 月 3 日為止，其於 11 月 6 日聲明異議係已逾期。法院對此爭點為中間判決，認為被告並非平日以處理訴訟事物為常之人，故其 10 月 27 日回國後未即刻打電話回家確認是否有法院送達，不能謂有過失。其不可歸責事由係於 11 月 1 日回到名古屋自宅之日消滅，蓋被告出國二個多月，於該日返抵家門後不可能不會問其同居人在出國期間有無事情，其同居人也不可能不告訴被告法院送達之事。從而，法院認定異議期間應自 11 月 2 日起算，故被告之異議為合法。

(c) 東京高院平成 6 年 (1994) 5 月 30 日判決<sup>37</sup>：被告之長子向原告借款 1000 萬日圓，並冒用被告名義將被告之土地設定最高限額抵押權作為擔保。原告訴請還錢，訴狀、辯論期日通知書、一造辯論判決均由長子收受（判決係 1993 年 6 月 7 日送達），但其懼怕東窗事發，均未轉交給被告本人。被告本人於 8 月 23 日始知判決之事，但因無資力，立即申請法律扶助，而於 9 月 10 日接獲法律扶助通知當日委任律師提起上訴。原告主張，被告之子未轉交文書，並非不可歸責事由，退而言之，亦應自被告知悉判決之日起算上訴期間（日本係 2 星期），其上訴已經逾期。法院認為，補充送達仍係有效，但被告未遵守

---

<sup>37</sup> 井田宏解說，《判例タイムズ》882 號 234 頁，1995 年 9 月 25 日。

上訴期間，係不可歸責，且其係務農 54 年之 80 歲老人，思考力、視力均衰退，親自為訴訟行為之能力不足，故應認為其獲得法律扶助而得委任律師之 9 月 10 日為遲誤原因消滅之日，而認上訴合法，並因原審尚未實質審理，而廢棄發回長野地院重審。

(d) 名古屋地院昭和 62 年 (1987) 11 月 16 日裁定<sup>38</sup>：夫申辦信用卡，以妻為家族會員而未得其同意，依該卡契約夫妻負連帶清償責任。因夫未清償賬單，發卡公司取得對夫與對妻之支付命令。夫接受了對妻之支付命令，但懼怕妻知悉而未轉交，致妻逾期聲明異議，遭簡易法院以不合法駁回。妻提起抗告，主張其未受合法送達，並主張回復原狀。法院認為，同居人就收受送達應解為係本人之法定代理人，該夫妻間僅有事實上之利害關係，未違反禁止雙方代理之原則，故即便未轉交，送達仍有效<sup>39</sup>，但妻係不可歸責，而准許回復原狀，撤銷原裁定，發回簡易法院。

### 參、寄存送達與回復原狀

在德國，若本人未注意到寄存送達通知單而與其他廣告單一起丟了，固係不可回復原狀，但本人委託可靠之人收信及整理信件，該人卻因過失將寄存通知單弄丟時，係可回復原狀<sup>40</sup>。另外，當事人非可預期送達之事，而外出渡假數週，未請郵局轉送郵件或採其他措施時，亦可回復原狀<sup>41</sup>。在我國，寄存送達常見問題為：(1) 因出國而不知、(2) 因不住戶籍地而不知、(3) 寄存通知單未被黏貼置放或滅失。

<sup>38</sup> 福永政彥解說，《判例タイムズ》706 號 264 頁，1989 年 10 月 25 日。

<sup>39</sup> 同居人與應受送達人本人僅具事實上之利害關係時，送達是否有效，日本之下級審法院有不同見解（井田宏，前揭 235 頁），至平成 19 年 3 月 20 日最高裁判所判決，則言明送達有效。柳沢雄二，〈受送達者と事実上の利害關係の対立する同居者への補充送達の効力と民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由の存否〉，載《早稲田法学》84 卷 1 號 (2008) 260 頁。

<sup>40</sup> Zöller (前註 15), S. 784 (Greger).

<sup>41</sup> Musielak ZPO, 10.Aulf., 2013, §233, Rz.53(Grandel).

一、2003 年修法前之民訴 138 條並無寄存後經 10 日生效之規定。增訂理由，係「當事人因外出工作、旅遊或其他情事而臨時不在應送達處所之情形，時有所見，為避免其因外出期間受寄存送達，不及知悉寄存文書之內容，致影響其權益」。立院初審時主席曾發問：「如果遇到應受送達人出國時，又該如何處理？」<sup>42</sup>，但未見討論。基於與前述相同之理由，若當事人非因過失而未及時收受寄存送達之文書，應許其回復原狀，以保障其訴訟權。沈冠伶教授亦認為，於渡假、進修、工作等情形，沒有收到寄存送達之文書時，應認有不可歸責於己之事由，許其回復原狀<sup>43</sup>。

於本人長期出國之事例，我國法院不乏案例認為其在國內無久住之主觀意思，國內戶籍地非其住所，而認送達無效。如最高法院 102 台上 1028 號判決<sup>44</sup>、最高法院 99 台抗 922 號裁定<sup>45</sup>、台高院 101 上易 1293 號判決<sup>46</sup>。若僅短期出國，其處境十分不利。於一案例，言詞辯論通知書、一造辯論判決書等於 94 年間三度寄存送達於被告戶籍地。被告聲請回復原狀。板橋地院 94 聲 2320 號裁定（法官邱靜琪）認為：「聲請人雖以其自 91 年起即已移居紐西蘭為由，聲請回復原狀並補行上訴，然聲請人既仍設籍上開處所，而本院之通知書及判決書，亦均

<sup>42</sup> 立法院公報 92 卷 2 期委員會記錄 281 頁。

<sup>43</sup> 沈冠伶，〈訴訟權保障與民事訴訟〉，載：《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》（2006），頁 15。

<sup>44</sup> 「每年多次入出境，居留國內時間甚短，平均僅約 40 至 65 日……核發系爭支付命令時，該二人客觀上居住於南非……寄存送達……並非合法」「於我國置產及有存款，對上開戶籍址繳納水電費等情，不因此而得認為渠等有以久住之意思住於該地」。

<sup>45</sup> 「該送達地址，係相對人於 87 年 4 月 15 日向他人承租，租期至 88 年 4 月 14 日屆滿，相對人雖於 87 年 5 月 14 日將戶籍遷入上址，至 95 年 12 月 18 日始遷出，但其自 91 年間起即多次入出國境，其居住國外之時間，於 91 年逾 5 個月，92 年逾 10 個月，93 年逾 11 個月」。

<sup>46</sup> 為補充送達之例：「自 92 開始每年均僅有短暫入境數日即出境，97 年 12 月 9 日出境後，待至 99 年 9 月 17 日始回國，隨即於 99 年 9 月 27 日出境，迄至 102 年 2 月 19 日均未有人境之紀錄，足認……非但已長年未居住於系爭地址，更已有變更以其他地域為住所之意思……不因其於國內仍設籍於該處而有不同」。

已向該處所為合法送達，已如前述，是聲請人所稱『自 91 年起即已移居紐西蘭』，既非天災，亦非天災以外之不可抗力所導致不能為訴訟行為之事件，更非事出意外，依客觀標準以通常人之注意而不能預見或不可避免之客觀事由，自無准其聲請回復原狀之餘地」。聲請人提起抗告，台高院 94 抗 2871 號裁定（2006 年 2 月 27 日，法官陳昆輝、陳駿璧、李錦美）亦以相同理由駁回<sup>47</sup>。

於台高院 90 抗 4010 號裁定（法官張劍男、蔡芳齡、蘇芹英），抗告人主張原法院拍賣抵押物裁定於 90 年 9 月 7 日寄存於派出所，但其於 5 月 2 日出國，9 月 27 日返國，應以其回國後前往派出所領取之 10 月 2 日為合法送達日期。法院謂：「寄存送達時，只須將應送達文書寄存送達地之自治或警察機關，並將送達通知書黏貼於抗告人之住居所門首，即生送達之效力，至抗告人是否在國內，是否能領取應送達之文書……於送達之效力，並不生影響……抗告人遲至 90 年 10 月 3 日始行提起抗告……顯已逾十日抗告不變期間，原法院據以裁定駁回抗告，核無違誤」。惟本件當事人未聲請回復原狀<sup>48</sup>。

本文認為，當事人於未能預測法院送達之情形下出國，而不知寄存送達、遲誤不變期間，係不應歸責，應許回復原狀。晚近有法官如此認為，如新北地院 102 事聲 87 號裁定（法官黃若美）、抗告審新北地院 102 抗 119 號裁定（法官高文淵、劉以全、陳映如），但其係以「詎聲明異議人於提起本件聲明異議時，竟未一併表明回復原狀之意旨」，駁回其對支付命令之異議。本文認為，當事人主張因出國而不知送達，實已釋明「遲誤期間之原因及其消滅時期」（民訴 165 條 2 項），其主張回復原狀之真意甚明，法院至少應加闡明，已如前述。

二、寄存送達若係於戶籍地實施，但當事人不住該地而不知寄存送達，

<sup>47</sup> 但後續有不尋常發展。見板橋地院 94 再 12 號判決、台高院 95 上易 400 號判決。

<sup>48</sup> 類似情境如台高院 90 抗 2935 號裁定（未繳足裁判費，補費通知於出國期間寄存送達），惟其應可預期將收受法院送達而預做準備，故係可歸責，且其亦非不變期間。

此時可否回復原狀？

若當事人長期出國，法院可能認為戶籍地已非住所，已如前述。若當事人並非長期出國，法院可能認為當事人雖未實際居住，但仍有以其為住所之意，故該處仍為住所，送達有效。於一當事人之生活重心顯在別處（芝玉路寓所）之例，台高院 95 抗 1051 號裁定（法官沈方維、湯美玉、張競文）、最高法院 96 台抗 79 號裁定（法官朱建男、顏南全、許澍林、鄭傑夫、蘇清恭）認定戶籍地（杭州南路寓所）仍係住所，而認 1 千 2 百萬之支付命令之寄存送達合法<sup>49</sup>。於一因躲債未遷移戶籍、戶

<sup>49</sup> 為便於觀察法院之認定方法，轉錄判決書內容如下：「(二)依杭州南路寓所之水費、瓦斯費及電費等收據觀之.....均顯示杭州南路寓所仍有人居住使用，非屬「空屋」...，堪認抗告人始終具有以杭州南路寓所為其住所之主觀意思及仍然自己使用該處之客觀事實，並無以廢止該處為住所之意思離去之一定事實...縱使產生微量使用或未使用水、電及瓦斯之狀況，仍不能據之即謂其未以杭州南路寓所為住所。此外，抗告人早在.....台大醫院任職，惟其在台大醫院所留地址，迄今仍為杭州南路寓所地址，未曾變更.....益證抗告人無廢止杭州南路寓所為住所之意思。(三)退步言之，抗告人雖於 92 年 1 月 14 日結婚後，搬至芝玉路寓所居住，並曾於 92 年 1 月 16 日將戶籍遷入該址，惟其嗣基於節稅原因，於 92 年 4 月 18 日將戶籍又遷回杭州南路寓所，並以該址為「自用住宅用地」，享受優惠稅率.....是縱認抗告人曾於婚後擬設定住所於芝玉路寓所，並將戶籍地址遷往該處，然其既於不久之後，以「自用住宅」之意，將戶籍地址再度遷回其杭州南路寓所，於其享受優惠稅率之同時，亦堪認其已有再改以原住所即杭州南路寓所為新住所之主觀意思及客觀事實。三、抗告人雖稱其於 92 年 1 月婚後即住在芝玉路寓所，杭州南寓所已非其住所.....惟查：(一)證人魏雅郁、林獻德、周堂賢、游龍嬌、黃淑德、方邵元固證稱抗告人於婚後居住於芝玉路寓所，未見再住在杭州南路寓所各等語。(二)然出具證明書之芝山里里長魏雅郁證稱：「在 92 年底尾牙有看到他（抗告人），.....我總共看過他一次」，已難據該證人之證言及其所出具之證明書為抗告人有利之認定。(三)證人即芝玉路寓所大廈總幹事林獻德證稱：「(問：從電梯的監視器看到抗告人進出 15 樓的時間是否記得?)大部分晚上 6、7 點他下班的時間，日期不記得，但常常看到，每週約一、二次，是我親眼看到的。」；證人即芝玉路寓所大廈管理員周堂賢證稱：「(你上班時間幾點)早上 7 點到下午 7 點，我是上 4 天，休 1 天」，均不足以證明抗告人每週七天均住在芝玉路寓所，更無從據其等證言即認抗告人未使用杭州南路寓所。(四)證人即杭州南路寓所鄰居游龍嬌證稱：「我住三樓，如果沒有到五樓就無法知道五樓有無住人，我倒垃圾回來看到五樓的燈時常是暗的」；另證人即同為該址鄰居黃淑德證稱：「我平常不會注意五樓的燈有無亮.....(問：是否知道 94 年 7 月前後有誰進出你們大樓五樓?)我不記得，不會特別去注意，.....有時候王森德或他妹妹家庭聚會會到五樓，但是他們晚上十點就會離開；證人亦同為該址鄰居方邵元證稱：「.....婚前他妹妹跟他（即抗告人）同住五樓，他父母親兩、三個月我會碰到一次，他父母親住在那裡，兩、三天，三、

籍地係無人空屋之例，彰化地院 101 事聲 79 號裁定（法官王鏡明）、抗告審台中高分院 102 抗 100 號裁定（法官饒鴻鵬、李平勳、張瑞蘭）、再審台中高分院 102 再抗 7 號裁定（法官陳滿賢、朱樑、宋國鎮）據所得扣繳憑單等之住址，認為當事人無廢止戶籍地為住所之意，而認 140 萬之支付命令之寄存送達合法，雖相對人知道債務人之就業處所，亦無影響。惟於此 2 例，2 張寄存送達通知單中有一張係置於派出所，此顯然違法<sup>50</sup>，送達應係無效，法院卻視而不見。

本文認為，於未實際居住或非日常性居住（或許數月或 1 年回來一次）之戶籍地為寄存送達、致被告不知送達之情形，與一般因出國或外出旅遊數月（甚至年餘）或短期出家而不知寄存送達之情形，似

---

四天都有……，有三、四年沒有看到他，不確定誰住在五樓。……（是否知道 94 年 7 月前後有誰進出你們大樓五樓）不知道」各等語，至多僅能證明抗告人於婚後搬走，但其父母偶爾北上居住，抗告人亦會返回該址與家人聚會，均無從證明抗告人確有以廢止之意思離去杭州南路原住所之情事，難為有利於抗告人認定之依據。（五）依臺灣大哥大股份有限公司…台新國際商業銀行股份有限公司…帳單寄送地址…臺北富邦商業銀行信用卡…帳單寄送地址…中國信託商業銀行…帳單寄送地址…台灣老年醫學會…通訊地址…臺灣家庭醫學醫學會…通訊地址…僅能證明抗告人將其信用卡、行動電話等費用之「帳單寄送地址」、留存醫學會之「通訊地址」改為芝玉路寓所，抗告人既未將其留存之住所即杭州南路寓所予以變更，仍應認杭州南路寓所為其使用之住所，並無廢止該址為住所之意思。（六）綜上，抗告人未能舉證推翻其以杭州南路寓所為住所、即曾以廢止該處為住所之意思離去之認定，退步言之，亦未推翻其於廢止該處為住所後，又設定該處為住所之認定，其復未能證明其有服役、出國就業或就學等何項正當事由，足供認定其有廢止杭州南路寓所為住所之意思，或其於以該址為「自用住宅」為名向外主張權益、設定住所後，另有廢止之意思，自難僅以其婚後多數時間係住在芝玉路寓所，即遽謂其住所非在杭州南路寓所。是相對人所辯抗告人應就戶政管理與實際居住情形不符所生爭議，自負其責，系爭支付命令送達時，抗告人之住所仍在杭州南路寓所等語，為可採信。」

<sup>50</sup> 2003 年修法將通知書有一份（貼門首）改為二份，另一份置於信箱或其他適當位置。立法討論見《司法院民事訴訟法研究修正資料彙編》（三）657-688 頁；同《彙編》（十三）621-622 頁。並參見最高法院 94 台抗 488 號裁定（法官朱錦娟、顏南全、許澍林、袁靜文、黃義豐）：「本件支付命令……既僅寄存於……派出所及作成一份送達通知書黏貼於……門首，而未將另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置……即不能謂為合法之送達……原法院未遑注意……即難謂無適用法規顯有錯誤之情形，且所涉及之法律見解亦具有原則上之重要性」。

無性質上之不同。故除非被告對涉訟之事係可預測，應顧慮對造立場、確保聯絡管道而未為，否則其不知送達，應認係不應歸責而許其回復原狀為宜。固然原告不知被告實際居所時可查知戶籍地，倘日後以未實際居住為由回復原狀，原告之權利將陷於不安定。然而，即便認為戶籍登記係為了潛在性原告之利益而設（此應非正確，後者應僅受反射性利益），亦難認其係訴訟權保障之前提要件，不能單以被告懈怠遷徙登記，即認為其應甘受不可預見且範圍不確定甚至無上限之不利利益，如生涯被剝奪所有財產之後果（設想 1 億元之支付命令之寄存送達）。況各人多元之生活方式應同受憲法保障，居住於 2 地以上，未固定每周回戶籍地居住，亦無懈怠戶籍登記或有任何不法可言。因此，自調節兩造間利益衡平之角度來看，債權人之權利陷於不安定，應屬無可奈何。若欲降低此不安定性，制度上或可於寄存送達未被領取時，由法院（或原告）調查、試行其他送達管道（就業處所等）。

三、寄存送達的另一問題，是萬一通知單未確實黏貼及置放，或遭撕走或風雨吹走，將難以證明<sup>51</sup>。

我國法院多信賴郵差，而駁回當事人此類主張及其回復原狀之聲請。於一當事人主張寄存送達通知單未貼在牆上，而係直接投遞於信箱內，其日後才發現，聲請回復原狀之例，台南地院 90 聲 1319 號裁定（法官蔡美美、王慧娟、李銘洲）依郵局函覆，認聲請人空言指謫，難認有據。於另一例，當事人主張其未見到寄存通知黏貼在其六樓門首或公寓一樓信箱，主張郵差可能僅黏貼在一樓信箱，送達應非合法，且即便黏貼在一樓信箱，其位處眾多信箱中，出入人士繁雜，無管理員，可能遭離婚訴訟相對人或不明人士毀損滅失，而聲請回復原狀。台高院 92 家抗 343 號裁定（法官劉靜嫻、李錦美、吳光釗）認為，郵

---

<sup>51</sup> 若未黏貼、置放通知單，係送達不合法。楊建華（前註 20）103 頁認為，如果黏貼之通知書被雨淋毀，實與未黏貼通知書無異，應受送達人全未知悉時，應解為不生送達效力。

差有在送達證書上勾選其已在門首黏貼通知單，抗告人對其主張「不能舉證以實其說，是難認有不應歸責於己之事由致遲誤不變期間之情形，自不符聲請回復原狀之要件」<sup>52</sup>。另外，雖非回復原狀之例，有人主張其不知支付命令之事，於近 2 年後提起再審，懷疑通知單未被黏貼、置放。台高院 102 抗 605 號裁定（法官許正順、陳邦豪、王怡雯）認為郵差「已勾選記載『未獲會晤本人亦無受領文書之同居人或受僱人，已將該送達文書寄存東門派出所，並作送達通知書兩份，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』等文字，足認系爭支付命令之送達確已符合民事訴訟法第 138 條之規定。抗告人復未能舉證證明實際送達情形有何與送達證書之記載不符之處，則其空言指摘……即無足取」。有人主張其未看到、鄰居也未看到支付命令之寄存通知單，懷疑其未被黏貼，台高院 95 抗 1051 號裁定（法官沈方維、湯美玉、張競文）完全信賴郵差之勾選，認為「同棟其他住戶，縱未及見到該通知書，亦無礙郵務人員黏貼該送達通知之效果，更不因此影響已合法送達之效力。是證人游龍嬌所述其於前揭期間未見到法院領信之通知一節，尚難為有利於抗告人之認定。抗告人所稱杭州南路寓所門首未經郵務人員黏貼該送達通知書云云，核與上開送達證書之記載及勾選項目不符，要無足取」。

於一晚近事例，甲起訴請求對造履行契約，台北地院 100 重訴 410 號裁定（2012 年 8 月 23 日）核定訴訟標的價額為 9 億餘元、應徵裁判費約 712 萬元，但甲僅繳納 64 萬餘元，故命甲於 5 日內補繳 647 萬餘元。甲提起抗告，台高院於 11 月 12 日以 101 抗 1324 號裁定駁回，寄存送達於甲陳報地址，同年 11 月 26 日確定。因甲逾期未補繳，台北

<sup>52</sup> 甲主張其不知其與乙間之離婚訴訟已經判決，係 92 年 9 月 11 日因乙拿判決書到甲住處，甲始知已經判決，隨即於隔日親自洽詢書記官，經告知應前往警察機關領取判決書，甲即於當天中午前往領取。法院認為：兩造離婚訴訟過程曾有 5 次以寄存送達方式送達文件，未生問題，此次郵差亦有於送達證書上勾選「已將該送達文書：寄存於……派出所」、「並作送達通知書，粘貼於應受送達人門首，以為送達」等項目，堪認送達合法。

地院 100 重訴 410 號裁定（2012 年 12 月 27 日，法官吳定亞）駁回起訴。甲提起抗告，主張高院前開駁回裁定並未合法送達。台高院 102 抗 279 號裁定（2013 年 3 月 29 日，法官滕允潔、賴劍毅、李瑜娟）援引最高法院 93 年度第 1 次民事庭會議決議，認為對補費裁定提起抗告不影響該命補費期間之進行，甲逾期未補繳，法院得駁回起訴，而駁回抗告。甲提起再抗告。最高法院 102 台抗 607 號裁定（2013 年 7 月 18 日，法官劉福來、黃秀得、盧彥如、邱瑞祥、高孟焄）謂：「再抗告人雖爭執該送達不合法，非其逾期不補正云云。惟當事人就法院所為訴訟標的價額之核定抗告，並不影響原命補繳裁判費期間之進行，此觀民事訴訟法第 491 條第 1 項規定至明，原告逾期未補繳裁判費者，法院得以裁定駁回其訴。台北地院未停止該命補正裁定之執行，逕裁定駁回其訴，並不違法」，而駁回確定。另一方面，甲主張最初高院關於裁判費之裁定，於寄存送達時「通知書並未黏貼於門首，亦未置於信箱」，聲請回復原狀。台高院 101 抗 1324 號裁定（2013 年 5 月 14 日，法官郭瑞蘭、方彬彬、郭松濤）專依送達證書之記載而認其主張「核與事實有間」，駁回回復原狀聲請。此外，甲於 4 月 8 日對最初高院關於裁判費之裁定提出「民事聲明異議暨聲請送達狀」，台高院 101 抗 1324 號裁定（2013 年 5 月 31 日，法官郭瑞蘭、方彬彬、郭松濤）將之視為提起再抗告（民訴 495 條），並以逾期不合法為由裁定駁回；甲對此提起抗告，最高法院 102 台抗 665 號裁定（2013 年 8 月 15 日，法官陳淑敏、簡清忠、吳謀焰、林大洋、李彥文）認為，甲之起訴已因未如期補費而被駁回確定，「則抗告人對於核定訴訟標的價額之裁定所提起之抗告，即失其目的，自應認為無理由予以駁回」。

於此事例，甲已繳之 64 萬元裁判費化為烏有<sup>53</sup>，似係因其「不諳法律」，以為在數額確定前不必照繳。但命其 5 日內補費之地院裁定於 8 月 29 日送達，地院實際係待高院駁回抗告之裁定確定（11 月 26 日）

---

<sup>53</sup> 駁回起訴之台北地院裁定依民訴 95 條、78 條命原告負擔訴訟費用。

後，始於 12 月 27 日以不合法駁回其訴，原告亦有委任 3 位律師，可推測實務上應有待補費裁定確定後始駁回之慣例。法院「抗告不影響補費裁定效力」之形式理由，難昭折服。原告喪失 64 萬與寄存送達之爭議有關，其主張難調毫無可能。萬一郵差真未貼、放通知書，當事人應如何舉證？法院「程序合法」地沒收了原告所繳 64 萬裁判費，應如何看待<sup>54</sup>？

四、由上述考察可知，寄存通知是否確實黏貼置放，影響當事人權益至大，惟法院充分信賴郵差之勾選，未必傳喚郵差作證；同棟大樓住戶證述沒看到有黏貼通知單，亦無影響。然而，除非監視器拍到當日郵差行動，否則要當事人證明未黏貼置放之消極事實，幾近不能。除非郵差係貼錯房門<sup>55</sup>，但此十分罕見。本文認為，法院不應輕易推定郵差有黏貼通知單（何況在我國，連法官都有貪瀆者<sup>56</sup>，書記官也有把卷宗以碎紙機銷毀者<sup>57</sup>，則郵差偷懶未確實黏貼、置放通知單，並非難以想像。在補充送達，也有夫收受法院送達給妻之文書，卻在送達證書本人欄蓋妻之印章之事例（最高法院 95 台抗 65 號裁定），顯示郵差行事並非嚴謹，若非當時妻出國，恐難舉證其未親收。於台南地院 90 婚 728 號裁定（法官張麗娟），夫懷疑離婚訴訟之判決被妻收受而未告

<sup>54</sup> 立法論上，應於不合法駁回時僅收定額或部分裁判費。法院既未為實體審判，收取全額裁判費即非合理。日本「關於民事訴訟費用等之法律」9 條 3 項 1 款規定，起訴或上訴於未經言詞辯論即被以不合法駁回，或於第一次言辭辯論期日結束前撤回者，裁判費退還二分之一。另外，日本之裁判費係百萬圓以下者每 10 萬日圓徵收 1 千日圓，裁判費之最低門檻為 1 千日圓（約新台幣 3 百多元）。我國則係 10 萬元以下均徵收 1 千元，裁判費之最低門檻為新台幣 1 千元。考慮日本薪資、物價約比台灣高 2~4 倍，日本之裁判費最低門檻實質上僅約台幣一百多元，顯「親民」許多。

<sup>55</sup> 最高法院 89 台抗 290 號裁定：「原法院即抗告法院以：相對人陳稱郵政機關將……通知書誤貼於同棟十二樓之一，並非相對人之住所門首，並聲請傳訊住於十二樓之一之菲傭、大廈郵政稽查、及大廈管理員為證云云，乃事涉本件言詞辯論期日通知書之寄存送達是否合法，法院自應依職權調查，台北地院未予調查，逕以卷附送達證書所為郵務人員已將送達通知書黏貼於相對人門首之記載，而裁定駁回相對人異議之聲明（續行訴訟之聲請），尚有未洽，因將台北地院所為上開裁定廢棄，經核於法洵無違誤」。

<sup>56</sup> 如 2013 年被起訴之胡景彬。

<sup>57</sup> 2009 年被起訴之陳佳冠。

知，「聲請郵務送達簽領比對，聲請准予回復原狀」。法院即以判決送達其住所「由聲請人本人蓋章親收，此經本院調閱上開卷宗核閱無誤」，駁回聲請）。至少應傳喚郵差到場，直接評價其可信度，並綜合推論<sup>58</sup>。即便如此，似仍易陷難以斷言之狀態。鑑於訴訟權保障之重大性，以及在他造未參與程序之情況下，勝訴者對該確定判決之信賴利益應做適度讓步之價值判斷，於當事人可能不知送達之狀況，應寬認回復原狀，賦予辯論機會。況國家（立法者）本有責任及能力設計更完善之送達制度以避免這種情況發生<sup>59</sup>，卻怠而為之，令被告承擔寄存送達通知單萬一滅失時之後果，並非公允。送達實務上，或應於郵務送達辦法中，要求郵差拍照存證或記載在場之證人（參考中華人民共和國民事訴訟法關於留置送

<sup>58</sup> 於最高法院 96 台抗 62 號刑事裁定，最高法院謂：「上開數次寄存送達，抗告人均知悉，何以第二審判決之寄存送達，抗告人未見門首之送達通知書，而未及時上訴？上述多次寄存送達是否均係郵務士唐應廉為之？如均係唐應廉送達，則系爭判決之寄存送達，有無可能如抗告人所稱送達人未黏貼送達通知書於抗告人之門首？凡此攸關送達是否合法之事項，原審未進一步詳查釐清，亦有可議」。其並認定警察「分駐所辦理寄存郵件事務，未按規定」。

<sup>59</sup> 日本過去有寄存送達，規定除黏貼通知書外，並應口頭告知 2 名鄰居。大正 15 年修法時廢除，理由有謂其頗為繁瑣、未必適當（大正 15 年「帝國議會審議錄」中之政府委員池田寅二郎說明，載：松本博之ほか編《民事訴訟法〔大正改正編〕（4）》＝日本立法資料全集 13、1993 年、信山社、453 頁），有謂其實際上沒有效果（松岡義正《新民事訴訟法註釋》第五卷、昭和 10 年、954 頁），或規定太細不夠方便（大正 11 年「民事訴訟法改正調查委員會議事速記錄」中之松岡義正說明，載：松本博之ほか編《民事訴訟法〔大正改正編〕（3）》＝日本立法資料全集 12、1993 年、信山社、219 頁）。中華人民共和國無寄存送達制度。德國為了減少寄存送達，修法新設「投函送達」制度，將文書（非通知單）投入送達處所之「適合安全存放之信箱」，即完成送達。於寄存送達，通知單常被（未深思其後果而）輕易忽略或不被注意。「投函送達」可讓當事人及早了知文件內容（Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, S.383, Rz.24）。當不能如此送達，才行寄存送達，將文書寄存於送達地之管轄法院，或於應送達地或管轄法院地之郵局指定之場所（ZPO 181 條 1 項 2 句，但姜世明（前註 1）77 頁之條文翻譯似有誤）。寄存於自治或警察機關之規定已被廢除。寄存後須將寄存通知單依郵件之「通常交付方式」交付給應受送達人（是否可投入信箱，學說有爭議。有見解認為，如果有信箱可以投入的話，就應該依 180 條為投函送達，而不得為寄存送達，故「通常交付方式」指未設信箱、該應受送達人通常用以收取郵件之方法，Stein/Jonas §181, Rz.7 (Roth))。不能依此方式通知時，將寄存通知單釘附在住居或事務所營業所之門上。通知單交付時視為送達完成。（Rosenberg/Schwab/Gottwald, S.383, Rz.24 f.）。

達之規定<sup>60</sup>)。

### 肆、公示送達與回復原狀

一、公示送達，一般係因「應為送達之處所不明」(民訴 149 條 1 項 1 款)。於公示送達，實際上無人會閱覽公告知悉其事，故似應認當事人不知公告係難歸責，而可回復原狀。惟另一方面，若均可回復原狀，則公示送達之效用僅是獲得一暫時性之裁判，將來對造因受強制執行或其他原因知悉其事時，原告須重新進行訴訟程序，其權利將處於長期不安定狀態。如此，是否允許回復原狀，涉及兩造間之衡平(遲誤不變期間是否應歸責，歸根究底，係衡量原被告間之公平<sup>61</sup>)。惟於我國法院實務案例，似看不出除了戶籍登記外，尚考慮其他因素，斟酌兩造間之衡平。

(1) 於李發琦訴蟻昭仁一案，原告主張被告向其承租房屋期滿後未搬遷，且遲付租金，訴請被告將房屋騰空返還並賠償 6 萬餘元。因被告戶籍地在戶政事務所<sup>62</sup>，有應為送達處所不明之情形，言辭辯論期日通知書、一造辯論判決(台北地院 101 北簡 296 號判決，2012 年 3 月 6 日)均係公示送達。蟻昭仁獲知後提起上訴。原法庭於 8 月 28 日以逾期為由裁定駁回。蟻昭仁對此提起抗告。台北地院 102 簡抗 20 號裁定(2013 年 3 月 29 日，法官黃柄縉、黃媚鵑、吳佳樺)認為，「抗告人之戶籍地設於戶政事務所致未能收受原審判決乙事，並非以通常人之注意不能預見或不可避免之事由，是抗告人逾期提起上訴亦非因天災或其他不應歸責於己之事由而遲誤上訴不變期間，原審依職權對

---

<sup>60</sup> 該法第 86 條：「受送達人或者他的同住成年家屬拒絕接收訴訟文書的，送達人可以邀請有關基層組織或者所在單位的代表到場，說明情況，在送達回證上記明拒收事由和日期，由送達人、見證人簽名或者蓋章，把訴訟文書留在受送達人的住所；也可以把訴訟文書留在受送達人的住所，並採用拍照、錄影等方式記錄送達過程，即視為送達。」

<sup>61</sup> 新堂幸司，《新民事訴訟法》，前註 36，頁 431。

<sup>62</sup> 參見戶籍法 50 條。

抗告人為公示送達，並……以抗告人逾越上訴期間……駁回其上訴，經核並無違誤」。自裁判書以觀，法院似未詳查原告能否查知被告居所，專以戶籍登記為歸責依據。

(2) 類似情形亦可見於台北地院 93 再 9 號裁定 (2005 年 8 月 19 日，法官呂淑玲)。再審原告主張：其獲法院民事執行處通知，依北院 92 訴 1168 號確定判決命其遷讓房屋，經其委託律師閱卷，該訴訟程序中就其住所皆記載為「台北市……18 之 2 號」，開庭通知及判決皆公示送達，但其住所係位於至善路現址，有戶籍謄本可稽，並無住所不明之情形，該案公示送達顯非適法，爰聲請回復原狀並提起再審。法院調閱前審判決卷宗，當時戶籍謄本記載其設籍於該「18 之 2 號」地址，原審開庭通知依該戶籍地址送達，經郵差以「遷移新址不明」退回，原審法院即將 92 年 8 月 25 日、12 月 22 日之言詞辯論期日通知以及 93 年 1 月 5 日宣示之判決公示送達。法院從而認為：「前揭公示送達之程序並無違誤之處，再審原告……指摘原審公示送達程序違法，而聲請回復原狀云云，不應准許」，而認其已遲誤再審 30 日不變期間，以不合法裁定駁回。自裁判書以觀，法院似未調查再審原告戶籍遷移之日期，又僅以原審法院程序合法，為不許回復原狀之理由。

(3) 於民生綠園大廈管理委員會訴請王炳龍給付管理費一案，被告未到場，台北簡易庭為一造辯論判決，判決係公示送達，於 2003 年 9 月 3 日生效。王炳龍於 2004 年 2 月 25 日提起上訴並聲請回復原狀，主張其「戶籍固設於南投縣……然該址房屋早因九二一地震倒塌，聲請人係因農保規定無法遷移戶籍，聲請人實際居住台北市……六樓之一，兩造間另有其他刑事案件，於地檢署歷次庭訊均有詢問地址，故此地址為相對人所明知，相對人竟故指聲請人住居所不明而聲請公示送達……此乃不可歸責聲請人之事由」。台北地院 93 簡上 306 號裁定 (法官林惠瑜、姜悌文、陳怡雯) 駁回回復原狀聲請，認為「所謂不應歸責於己之事由……總以事出意外，以通常人之注意不能預見或不可避免之事由，方足當之……聲請人明知其設籍之房屋早已倒塌而不

存在，僅為求保有農民保險之利益，迄不將戶籍遷移至其實際居住之處所，致無法收受寄送至其戶籍地址之文件，此一情事顯為聲請人所得預見，並非「事出意外，以通常人之注意不能預見或不可避免之事由」，故不合回復原狀要件。法院並認為，「縱聲請人於另案庭訊中向檢察官陳述其住址，相對人僅在旁聽聞，亦不能認為相對人必可詳細記憶此一地址」，故尚難認為相對人明知聲請人之台北市住址。「至於聲請人另聲請訊問證人高添進、施奇勳部分，按聲請回復原狀，依民事訴訟法第 165 條第 2 項、第 284 條之規定，應就遲誤期間之原因及其消滅時期，提出能即時調查之證據以釋明之，最高法院 29 年抗字第 365 號著有判例可參，證人並非能即時調查之證據，揆諸前開判例，本院就此部份並無訊問必要」。於本案，原告及法院顯易查知被告居所。

二、於一遷讓房屋事例，趙素貞於民國六十年間興建一違建房屋，於 97 年 5 月 5 日出售與黃福源，黃福源主張該屋為乙無權占有，於 98 年 11 月 5 日代位趙素貞之繼承人訴請乙返還房屋<sup>63</sup>。訴狀送達到該屋即被告戶籍地，遭郵局以遷移不明退回。法院函請警局查詢乙是否居住該地，警局函覆並無居住，原告復陳報不知其他送達地址，聲請公示送達，法院准許，日後以一造辯論判決判被告敗訴（士林地院 98 訴 1359 號判決，法官黃珮禎）。判決書於 99 年 3 月 17 日依職權公示送達，上訴期間應於 4 月 7 日屆滿，因被告未上訴而告確定。黃福源持判決向戶政事務所請求設籍該屋之乙之妹遷出該戶籍地，戶政事務所因而向乙妹之健康保險投保單位屏風表演班發函查詢其住所，乙始知悉其事。其主張該戶籍地房屋於別訴（註 63 之訴訟）審理中遭保全公司違法管制人員進入，致其不能收受判決書，而於 99 年 5 月 13 日聲請回復

---

<sup>63</sup> 另一方面，趙素貞於 98 年 3 月 2 日起訴請求乙將系爭房屋騰空返還趙素貞，士林地院 98 訴 389 號判決認為，乙係於 70 年間向訴外第 3 人購買該屋，即便所有權屬趙素貞，乙已因時效取得所有權，而駁回原告之訴，二審台灣高等法院 99 上易 62 號判決則認為趙素貞已經將房屋賣給黃福源，無所有權，判決原告敗訴確定。但該件訴訟與本件訴訟無關聯。

原狀並補提上訴。

同院同字號裁定（同法官）於 7 月 20 日以上訴逾期為由裁定駁回上訴。同日，同法官並以 99 聲 738 號裁定駁回回復原狀之聲請。其認為：「聲請人離開原住所，應可預見寄送該住所之文件將無法收受，聲請人似應遷移戶籍至新址，或至少向郵政機關聲請將寄送原地址之文件轉寄送聲請人可收受之新址，但聲請人並未就其遷出原住址有任何作為，任憑法院寄送之文書以遷移不明退回，本院因而以公示送達之程序對聲請人為送達，聲請人未能即時（閱）[原文缺漏字] 覽公示送達之公告而遲誤上訴期間，並非因不可歸責於己之事由，而遲誤上訴期間」<sup>64</sup>。乙對此駁回回復原狀聲請之裁定提起抗告。台高院 99 抗 1288 號裁定（2010 年 10 月 14 日，法官魏麗娟、吳麗惠、李媛媛）認為，「判決若未合法送達與當事人或其訴訟代理人，上訴期間並未能起算，尚無遲誤該不變期間之可言，自亦無聲請回復（上訴期間）原狀之必要。本件抗告人既稱原法院判決未合法送達，則依前揭說明，尚不生回復上訴期間原狀之問題，其聲請回復該期間之原狀，即屬無從准許。至原法院判決有無合法送達，抗告人既已對該判決提起第二審上訴，即應由其所提上訴案審理時予以調查審認。原法院裁定駁回抗告人回復原狀之聲請，理由雖有不同，但結果並無不合，仍應予維持」，而駁回抗告。另一方面，乙對以逾期為由駁回其第二審上訴之地院裁定提起抗告，遭台高院 99 抗 1354 號裁定駁回（法官黃熙媽、陳玉完、陳邦豪），其理由與地院駁回回復原狀聲請之理由大致相同<sup>65</sup>。

於本案例，乙可因時效取得該屋所有權（與趙素貞之訴[註 63]獲一

<sup>64</sup> 其並謂：「本院為公示送達時同時，再將.....文書另備一份交付郵寄而對聲請人原戶籍地址送達，而經寄存警察機關.....僅為增加聲請人得知法院司法文書通知存在之機會.....聲請人執此寄存送達，主張其無法得知戶籍地門首黏貼之通知.....係不可歸責.....云云，應有誤會」。

<sup>65</sup> 不過，其並謂：「況抗告人之聲請回復原狀已經原法院以 99 年度聲字第 738 號裁定駁回，雖提起抗告，亦經本院以 99 年度抗字第 1288 號裁定駁回」。然而該 1288 號裁定係認應由審理上訴之法院處理，審理上訴之法院反過來引據該裁定，並無道理。

審勝訴)，但對黃福源之訴卻因公示送達而敗訴確定。法院未用盡其他探查乙聯絡方式之可能性（例如詢問大樓保全公司、向設籍該地人之健康保險投保單位查詢等），僅以遷離住所未登記或安排郵局轉送，認定應歸責。不過，在各種賬單均能上網繳納、智慧型手機可全球視訊通話之今日，不問其是否預見涉訟可能，不問其離開戶籍地之理由為何，要求任何人須隨時確保外界可由住址聯繫，否則喪失家產不得異議之想法，未免過度站在原告或法院之角度思考，值得商榷。

三、由前揭考察可知，公示送達之回復原狀問題，亦涉及被告住址是否真係不明。此可分 2 種情況討論。首先，法院認定「應為送達之處所不明」許可公示送達時，若該判斷係錯誤（例如明明有其他送達管道卻忽略了），一方面可能認為該公示送達係侵害了憲法對人民訴訟權之保障而無效，從而不變期間不因此開始進行，另一方面亦可能認為法院之錯誤判斷並非當然使法院之准許公示送達之裁定成為無效，故據此所為之公示送達並非不合法<sup>66</sup>。惟即便採取後者見解，若原告或

<sup>66</sup> 於德國，Büttner（前註 34），S.70 採取前者見解，認為該公示送達違反德國基本法 103 條 1 項（聽審請求權之保障）而無效。在我國，於一事例，板橋地院送達離婚訴訟判決時記載住址為「100 號之 3」並括弧註明「或 102 號之 3」，經郵局以「請書寫正確地址」為由退回，地院於 2003 年 7 月 29 日「逕以民事訴訟法第 150 條之規定，依職權公示送達該判決正本」（引自抗告審之中院裁定，中院裁定則謂係原告依 149 條聲請）。當事人主張其於同年 10 月 2 日接獲戶政事務所函知悉相對人欲申請遷移，提出同年 10 月 8 日律師閱卷聲請書，於 10 月 27 日（引自中院裁定，中院裁定則謂 29 日）提起上訴並聲請回復原狀。板橋地院 92 婚 485 號裁定（2004 年 2 月 4 日，法官黃惠瑛）駁回聲請，認為：「本院就 92 年度婚字第 485 號民事判決，係向聲請人之戶籍所在地送達，惟經郵務機關以『請書寫正確地址』為由退回原件，故由該案原告依民事訴訟法第 149 條之規定，聲請對聲請人為公示送達等情，有戶籍謄本、退回信封及送達證書附卷可稽，是認本件聲請人尚無事出意外，以通常人之注意而不能遇見或不可避免之客觀事由，致遲誤上訴期間，從而，本件並無因不可歸責於聲請人之事由，據以准其回復原狀之餘地」。抗告審台高院 93 家抗 65 號裁定（2004 年 9 月 7 日，法官黃熙媽、陳介源、游婷麟）則認為，郵局退回係因板橋地院未明確記載公文封，並非因應為送達之處所不明，故板橋地院依職權公示送達並非合法，「自無使上訴期間開始進行之效力，因此即無所謂遲誤上訴不變期間……抗告人聲請回復原狀即無理由」，而認上訴合法，但駁回回復原狀之聲請。於本案，中院係認公示送達無效。倘認法院許可公

法院實際上可查知送達處所，則顯不符公示送達要件，於回復原狀之問題，應認為被告不知公示送達係不應歸責，而許其回復原狀。至於法院應調查之程度，有寬嚴不同之見解（德國有見解認為，只要向最後的住民登記地或郵寄地址寄送，遭「查無此人」退回，即符公示送達要件；另有認為，須向鄰居、僱主、房東、親屬、友人查詢，或透過檢察署、徵信社調查者）<sup>67</sup>。無論採何種標準，若認公示送達要件不符，即應許可回復原狀。本文認為，若原告明知或可藉由法院透過各種聯繫管道（電話、電子郵件、臉書、郵政信箱、合理之訪察等）調查被告送達住址，則除非被告拒絕誠實對應（此場合可認被告可預知並應甘受公示送達之後果，故其未閱覽公告而不知送達係應歸責）<sup>68</sup>，否則即非「應為送達之處所不明」，應不許公示送達。戶籍登記僅係判斷送達處所之材料之一。

其次，若送達處所不明係經適當調查，而於法院或原告無故意或過失，公示送達適法，此時可否許被告回復原狀？由前述案例可知，我國法院僅以戶籍登記不實為歸責理由。不過，戶籍登記為行政法上之義務，怠於登記之人固應受罰。惟此與其和他人涉訟時之送達問題無具體關聯，亦欠缺相當因果關係以及可預測性，而不能認為懈怠戶籍登記之人，均須甘受訴訟權不受實質保障、可喪失所有財產之一般性後果。僅於在其可具體預見送達之事，仍故意使戶籍登記不實，致其所在不明、引發公示送達之情形，才有於回復原狀問題上認其應歸責之正當性。如此，固然公示送達之效用將屬有限，原告即便獲得法院裁判，其權利狀態仍有不安要素，但考慮訴訟權保障之重大性，此

---

示送達之裁定並不因公示送達要件有欠缺而無效，則公示送達合法，當事人應於 10 月 8 日律師閱卷後 10 日內聲請回復原狀，其於 27 日提起，應已逾期。不過，於此尚可能認為其誤判送達不合法係不應歸責（參見前註 18），結論上仍能獲得救濟。

<sup>67</sup> 參見 Stein/Jonas §185, Rz. 7(Roth).

<sup>68</sup> 當事人曾受送達後變更住所而不向受訴法院陳明，法院實施公示送達之情形（民訴 149 條 4 項），亦可認係應歸責。如最高法院 90 台抗 220 號裁定之事例。

應屬合理。

在德國，雖有反對見解認為於公示送達不應輕易允許回復原狀<sup>69</sup>，但通說判例似係認為，除非被告係能預期送達而應預做安排，否則即可回復原狀（Stein/Jonas ZPO, 22.Aufl., 2004, §233, Rz. 47 (Roth)；Musielak ZPO, 10.Aufl., 2013, §233, Rz.54(Grandel)；Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17.Aufl., 2010, §69, Rz.27；Zöllner ZPO, 28.Aufl., 2010, S.770, 783 (Greger)；Münchener Kommentar ZPO, 3.Aufl., 2008, §233, Rz. 30 (Gehrlein)）。在日本，多數說似係就原被告之狀況進行綜合考量<sup>70</sup>，許多學者係以被告之預見可能性為判斷基準（兼子一ほか《条解民事訴訟法》（2011年2版）439頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕；伊藤真《民事訴訟法》（2011年4版）234頁；笠井・越山編《新・コンメンタール民事訴訟法》（2013年2版）384頁〔岡田幸宏〕），並有認為除了避債而故意隱匿行蹤，或預知訴訟將被提起而變更住所且不通知對造等等情形之外，應許回復原狀（前掲《条解》439頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕）。惟另有見解認為可依「住民基本台帳法」要求之住民登記為準，即若未確實登記而導致公示送達，將認為有過失，原則上不許回復原狀（秋山幹男ほか《コンメンタール民事訴訟法 II》（2009年2版）330頁，其並謂實務上未確實登記者多為躲債之破產人）。前開我國實務見解可謂與此相同。但本文認為難以贊同，已如前述。

<sup>69</sup> Guttenberg, Öffentliche Zustellung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, MDR 1993, S.1049 ff. 認為，輕易許可回復原狀將顯著降低公示送達制度之價值，債權人僅能中斷時效及獲得一暫時性之執行名義，不能使法律關係得到具實質既判力之解決，蓋通常在數年內即會被聲請回復原狀。其認為，公示送達制度，係立法者就債務人住居所不明之境況，對債權人與債務人間之利益衡量做出判斷，此於回復原狀制度亦應尊重。故於公示送達，僅在被告有難以接觸送達公告之公報、佈告欄之例外狀況——例如在外國被拘留，或被法院命令禁止進入法院（Hausverbot）——，或被告住居本可經適當調查得知，或公示送達係基於原告不實陳述所為等之情形，始能允許回復原狀。其並認為，憲法保障債務人之訴訟權，但可合理限制；憲法亦保障財產權，應讓債權人在債務人住居所不明之境況下能實現權利。故並無憲法上之必要性（geboten），於公示送達輕易允許回復原狀。

<sup>70</sup> 賀集ほか編《基本法コンメンタール》1（2012年3版追補版）253頁（須藤典明）。

## 伍、聲請回復原狀之一年期限

民訴 164 條 3 項規定遲誤不變期間已逾一年者不得回復原狀。於遲誤一年以上之情形，應如何看待，即成疑問<sup>71</sup>。

憲法保障人民之訴訟權及財產權。於被告因不應歸責事由不知送達，從而不能參與法院程序之情形，該程序之結果即無維持之正當性，而應許回復原狀。若過了一年被告才知情，問題是否即已解消？是否即可允許司法制度在其不知不覺中剝奪其財產？就被告而言，例如於其短期出家或出國打工渡假或留學期間被訴，不知送達而遭一造辯論判決喪失身家財產，如不許救濟，難認合理。但另一方面，就原告而言，若無期限允許回復原狀之聲請，則其權利將一直陷於不安定之狀態，且若將來回復原狀重新審理，也可能面臨證人證物已滅失之風險。

本文認為，鑑於訴訟權保障之重大性，確定判決之法安定性應適度讓步。要求原告於一造辯論判決之情形保存證據以備萬一重審，並不過分。若人證、物證於日後回復原狀時已難以使用，可由法院於舉證責任或證明度之問題上加以斟酌調整。因此，1 年過後即不得回復原狀之規定，難認合理。至少應考慮個案之具體情況、原告應受保障之程度，並考慮被告在不知覺中所失利益之大小（今日在網路上人肉搜尋，恐怕沒有找不到的人；若花 10 萬元即能請徵信社查出下落，則輕易允許原告依一造辯論判決攫取被告千萬家產之司法制度，似非合理）。

於日本法，其無一年期限規定。雖有學者表達疑慮，認為權利將長期陷於不安定<sup>72</sup>，惟實際上似未出現問題。德國法有 1 年期限，德國法院認為此並不違憲。惟德國法院並非死守此期限，而認為回復原狀之聲請人就 1 年期限之經過係無可歸責，且相對人就既判力之發生

<sup>71</sup> 於 1986 年司法院修法委員會的討論，楊建華大法官認為與再審的 5 年相較，1 年期限太短，而建議延長。《司法院民事訴訟法研究修正資料彙編》（三）812-816 頁。

<sup>72</sup> 条解 447 頁（竹下守夫＝上原敏夫）；秋山幹男ほか《コンメンタール民事訴訟法 II》（2009 年 2 版）332 頁。

係不應信賴時，1 年期限之保護目的（Schutzzweck）應該後退，而於若干例外情形，不適用該 1 年期限規定<sup>73</sup>。學者並有主張，若法院因過失未注意到要件不符而准許公示送達，則雖公示送達並非不合法，但當事人可聲請回復原狀，且基於保障訴訟權之要求，應類推適用再審期間之規定，將回復原狀之 1 年期限置換為 5 年<sup>74</sup>。因此，即便我國法保留 1 年期限，法院亦應彈性適用，追求個案中之實質妥當性。

另外，倘 1 年過後當事人仍得以再審方式尋求救濟，則 1 年期限之限制雖非合理（令當事人僅能提再審而不得聲請回復原狀之立法政策，並無可取），亦無大礙。有問題的是，若不知送達之當事人無法循再審管道尋求救濟，則既不許回復原狀又不許再審，我國民事訴訟法可能陷於未賦予被告防禦機會即剝奪其財產之實質違憲狀態。關於此點，我國法院多拒絕類推適用再審事由，難認已充分保障當事人之訴訟權<sup>75</sup>。於一例，妻對在美國之夫提起離婚訴訟，妻（及法院）明知夫在美國之郵政信箱及電話、亦知夫在台父親之住所，法院仍將訴狀寄存送達於夫之戶籍地空屋，並為一造辯論判決，夫於財產遭強制執行時得知，提起再審，遭嘉義地院 98 婚再 3 號判決（2010 年 4 月 20 日，法官黃勇）駁回<sup>76</sup>。本文認為，民訴法 496 條 1 項 5 款、6 款再審

<sup>73</sup> Münchener Kommentar ZPO, 3.Aufl., 2008 §234, Rz.15 (Gehrlein); Stein/Jonas §234, Rz.19(Roth).

<sup>74</sup> Stein/Jonas §185, Rz.14(Roth).

<sup>75</sup> 參見黃國昌，〈公示送達與再審〉，載：《台灣法學雜誌》209 期（2012 年 10 月）62 頁。

<sup>76</sup> 法院認為，民訴 496 條 1 項 6 款之再審，夫須證明妻「明知」其住居所而指為所在不明，而「信箱號碼與『住居所』究屬不同之概念」，縱妻未向法院陳明夫於美國之信箱號碼，「亦難遽予認定本件有.....第 6 款之再審事由」。又妻雖知夫之父親之住所，但該址並非夫之實際住居所，故妻縱未陳明該處所，亦難構成該再審事由。其並謂：「至前審若確知再審原告實際身在美國，而不知其美國之住居所，卻未為公示送達，亦係前審訴訟程序送達是否合法之問題，與民事訴訟法第 496 條第 1 項第 6 款之.....再審事由有別，附此敘明」。本判決對再審事由加以純粹文義解釋，未見保障訴訟權之思維。其認為送達是否合法與第 6 款之再審事由無關，頗有疑問。判決書之送達不合法，上訴期間無從起算，判決未確定；若連訴狀送達亦不合法，可認審判程序無效。但形式上既有一確定判決，須許當事人循再審管道尋求救濟。況夫要回頭主張回復原

事由，必須類推適用於被告不知送達而未參與程序之情形，否則民訴法即處於違憲狀態。不過，受限於篇幅，不在此論及。

## 陸、結語

回復原狀之問題，涉及了原告尋求迅速權利保護之利益以及被告之訴訟權保障之間之平衡。原告尋求迅速權利保護之利益固然重要，然而權衡之下，被告之訴訟權保障更為重要，因而在回復原狀之問題，應盡量寬認回復原狀，賦予被告辯論機會，而對於原告因此所受之不利利益，則以其他形式加以彌補（例如於回復原狀時若證人證物有若干滅失，則自有利於原告之角度處理）。再者，我國法院過度依據戶籍登記作為歸責理由，此不啻認為戶籍登記是訴訟權保障之前提要件。然而，認為人民有義務隨時向國家登記其可確實聯絡到之住所，且此義務具憲法層次之重要性，成為憲法對訴訟權、財產權保護之要件，則未免太過沈重<sup>77</sup>，亦不符合我國一般社會通念。因此，無論在調查送達處所或歸責性判斷之問題上，戶籍登記之角色應該被淡化，並應考慮現代社會生活之實情（例如可藉由網路、臉書或E-mail聯絡到之事實）。

另外，由本文之初步考察可知，比起日、德法院，我國法院似易囿於形式化之邏輯推論，未能進行追求實質妥當性之法解釋與法適用。雖然我國法關於回復原狀之制度、條文並非自己獨創，而係繼受自德國法及日本法，然而我國法院於法解釋上卻過度限制了回復原狀之容許性，使得不知送達之當事人幾無救濟可能。此係於德國、日本均無之我國法之獨特性。何以法條之移植繼受並無問題，但於解釋適用上卻產生此種「橘逾淮而為枳」的結果，值得注意。無論如何，我

---

狀亦應已逾期。

<sup>77</sup> Büttner（前註 34），S.62 認為，國民有保持其可藉由郵件聯絡到之一般性義務。

國法院之法解釋，使得不知送達之當事人之訴訟權不能得到充分保障，使我國民事訴訟制度可在人民不知不覺中剝奪其財產，此於中華民國憲法之下應也不能被容許。法院應自確保被告訴訟權保障之觀點，適當地認可回復原狀，並於具體個案中尋求其與維護法安定性（既判力）之需求之平衡。另外，若被告自始未收受訴狀而受一造辯論判決，並於判決後因受強制執行始知訴訟之事，而補提上訴並聲請回復原狀，二審法院於准許回復原狀後，並非直接進行本案審理，而係應廢棄原判決發回重審，以維審級保障（民訴 451 條）。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 王甲乙/楊建華/鄭健才《民事訴訟法新論》(2009)  
司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(三)(十三)  
立法院公報 92 卷 2 期  
立法院公報 92 卷 7 期  
沈冠伶〈訴訟權保障與民事訴訟〉《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》  
(2006)  
吳明軒《民事訴訟法》上冊(2013年10月版)  
姚瑞光《民事訴訟法論》(2012)  
楊建華/陳心弘《問題研析民事訴訟法》(第1冊,2010)  
楊建華《民事訴訟法實務問題研究》(1994)  
陳榮宗/林慶苗《民事訴訟法》中冊(2009年7版)  
陳計男《民事訴訟法論》上冊(2014年6版)  
姜世明〈送達論〉《月旦法學教室》103期(2011年5月)  
姜世明《民事程序法之發展與憲法原則》(2003)  
黃國昌〈公示送達與再審〉《台灣法學雜誌》209期(2012年10月)

### 二、日文部分

- 松本博之ほか編《民事訴訟法〔大正改正編〕(4)》、日本立法資料全集 13、1993年、信山社  
松本博之ほか編《民事訴訟法〔大正改正編〕(3)》、日本立法資料全集 12、1993年、信山社  
松岡義正《新民事訴訟法註釋》第五卷、昭和10年  
兼子一ほか《条解民事訴訟法》(2011年2版)  
新堂幸司《新民事訴訟法》(2011年5版)  
梅本吉彦《民事訴訟法》(2009年4版)

伊藤真《民事訴訟法》(2011年4版)

賀集ほか編《基本法コンメンタール》1(2012年3版追補版)

秋山幹男ほか《コンメンタール民事訴訟法 II》(2009年2版)

井田宏解説，《判例タイムズ》882號234頁，1995年9月25日

福永政彦解説，《判例タイムズ》706號264頁，1989年10月25日

柳沢雄二〈受送達者と事実上の利害關係の対立する同居者への補充送達の効力と民訴法338条1項3号の再審事由の存否〉，《早稲田法学》84卷1號(2008)260頁

### 三、徳文部分

Bundesrat Drucksache 308/12.

Bundestag Drucksache 16/6308.

Büttner, Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand, Deutscher Anwalt Verlag, 1996.

Guttenberg, Öffentliche Zustellung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, MDR 1993, S.1049.

Stein/Jonas ZPO, 22.Aufl., 2004.

Saenger(Hrsg.), Handkommentar ZPO, 5.Aufl., 2013.

Schreiber, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozess, JURA, 2011, S. 601-605.

Münchener Kommentar ZPO, 3.Aufl., 2008.

Musielak ZPO, 10.Aufl., 2013, §233, Rz.53(Grandel).

Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17.Aufl., 2010.

Zöller ZPO, 28.Aufl., 2010.

# **Application of Art. 164 Formosan Civil Procedure Act in Remedy for Unawareness of the Service of Documents**

Chin-Yen WANG

## **Abstract**

When the party of a civil process does not receive the service of documents from the court in person but through other alternative ways of service, in reality it happens that he or she might not receive the documents in time, so that when he or she is aware of the documents, the time limit for appeal has been elapsed. In this situation, Art.164 of Taiwanese Code of Civil Procedure provides a possibility for the party to restore his or her status in the process (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*). This article analysis the situation in Taiwan and conclude that Taiwanese courts take an unreasonably strict construction of the above article in comparison with Japanese and German courts.

**Keyword:** Service of documents, right of access to the court, *restitutio in integrum*, retrial, time limit for appeal prescribed in the law

