

民事訴訟缺席判決實務運作現況之檢討（系列二）

以民事訴訟法第 386 條第 1 款為中心

蘇吉雄*

壹、序言

本文針對歷年民事訴訟缺席判決實務運作具體個案裁判作系列研究，提出檢討與省思的淺見，已經選擇系列一藉由台灣高等法院 111 年度原上易字第 1 號缺席判決，探討歷年來我國民事訴訟缺席判決實務運作現況，究竟有無侵害未到場當事人之聽審請求權以及有無救濟途徑可循¹。後續系列擬再針對上級審法院如何詮釋民事訴訟法第 386 條所列 4 款不得一造辯論判決之情形，藉以審查下級審法院缺席判決之適法性，依據具體個案資料加以整理類型與評析。本文選擇系列二先以民事訴訟法第 386 條第 1 款為中心。

貳、研究議題

不論依聲請或依職權准許由一造當事人辯論而為判決，如有民事訴訟法第 386 條所列 4 種情形之一者，即構成訴訟程序有重大瑕疵，未到場之當事人如遭受敗訴判決自得據為上訴理由。換言之，民事訴訟法第 386 條所列 4 款情形均係構成違法缺席判決之事由。

民事訴訟法第 386 條第 1 款所謂「言詞辯論期日不到場之當事人未於相當時期受合法通知」，兼指言詞辯論期日通知書未經合法送達，或違反就審期間之相關規定而言，兩者只需具備其一，即可構成違法缺席判決之事由。準此，上級審法院如何詮釋合法送達之構成要件以及就審期間之適用對象，即

為本系列之研究議題。

參、當事人未受合法通知之類型

一、職權公示送達不合法

- (一) 當事人或代理人向法院陳明指定○○○為其送達代收人，依民事訴訟法第 133 條第 1 項規定，對於當事人或代理人之送達應向○○○為之，並無當事人或代理人應為送達之處所不明之情形，法院即不得引用民事訴訟法第 149 條第 3 項規定依職權對當事人或代理人為公示送達²。
- (二) 原告如變更其送達之處所，並向受訴法院陳明者，法院即應向原告所陳報之處所為送達，如未對該新處所為送達，而僅對原告原來之處所送達無著，即以原告應為送達之處所不明，逕依職權為公示送達，於法即有未合³。
- (三) 附帶說明

110 年 1 月 20 日修正公布增訂民事訴訟法 133 條第 2 項規定原告、聲請人、上訴人或抗告人於中華民國無送達處所者，應指定送達處所在中華民國之送達代收人。並增訂同法第 149 條第 5 項規定原告、聲請人、上訴人或抗告人未依第 133 條第 2 項規定指定送達代收人者，受訴法

* 本文作者曾任高雄律師公會首屆理事長暨全國律師聯合會第 6 屆第 1 任理事長。

1. 請見高雄律師會訊 111 年 9/10 月雙月號「民事訴訟缺席判決實務運作現況之檢討（系列一）」一文。

2. 參最高法院 87 年度台上字第 785 號民事判決意旨。

3. 參最高法院 92 年度台上字第 2544 號、93 年度台上字第 2135 號民事判決、100 年度台抗字第 660 號民事裁定等意旨。

院得依職權，命為公示送達。揆其立法理由，旨在方便訴訟文書之送達，以免延宕程序之進行（參照修法說明）。準此，原告、聲請人、上訴人或抗告人書狀所記載之送達處所為外國地址，且未指定送達處所在中華民國之送達代收人，受訴法院即得依上開規定裁定對於原告、聲請人、上訴人或抗告人應為公示送達⁴。

二、寄存送達不合法

（一）花蓮市○○街三四之五號並非上訴人之應為送達處所，則本件縱曾依址送達訴訟文書予上訴人，由其○○○代為收受或以寄存送達方法為之，上訴人並因之到場，亦僅於轉交上訴人本人時起，視為合法送達，在未轉交前尚難謂已合法送達。原審未究明上訴人之應為送達處所，即按花蓮市○○街三四之五號送達言詞辯論通知書，且該通知書以寄存送達方法送達後，是否有轉交上訴人本人，亦不明確，而於上訴人未到場，遽認其無民事訴訟法第 386 條所列各款情形，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，自屬違背法令⁵。

（二）民事訴訟法第 138 條規定之寄存送達，限於不能依同法第 136 條及第 137 條規定為送達者，始得為之。倘其送達之處所，並非應受送達人之住居所、事務所或營業所，即不得於該處所為寄存送達⁶。倘其送達之處所，雖原為應受送達人之住居所、事務所或營業所，但實際上已變更者，則該原住居所、事務所或營業所，即非應

為送達之處所，自不得於該原處所為寄存送達。如為寄存送達，則應於應受送達人實際領取該訴訟文書時方生送達之效力⁷。

（三）受區分所有建物大樓住戶僱用擔任大樓管理員，其所服勞務包括為公寓大廈住戶接收郵件者，性質上可認為係全體住戶之受僱人，與民事訴訟法第 137 條第 1 項規定所稱之受僱人相當，由其收受而生送達之效力。法院言詞辯論期日通知書交郵務機構為送達，受送達之當事人居住區分所有建物大樓，郵差於送達當事人時雖未獲會晤當事人，但當事人所住大樓既設有管理員，郵差即可將該文書交付大樓管理員，以為送達，足認無不能依民事訴訟法第 137 條第 1 項規定送達之情形，郵差竟逕為寄存送達，自不發生送達之效力⁸。如該應受送達人之住居所、事務所或營業所實際上倘已變更者，該原住居所、事務所或營業所，即非應為送達之處所，該管理員亦非應受送達人之受僱人，自不得於該原處所將文書付與管理員而為補充送達。至該原處所管理員代收送達雖不合法，但於其轉交本人時起，仍應視為合法送達⁹。

（四）民事訴訟法第 138 條規定之寄存送達，限於不能依同法第 136 及第 137 條規定為送達者，始得為之。準此，司法實務如何詮釋民事訴訟法第 136

4. 最高法院 111 年度台聲字第 1518 號民事裁定、111 年度台聲字第 1906 號民事裁定。

5. 參最高法院 88 年度台上字第 3403 號民事判決意旨。

6. 參最高法院 111 年度台上字第 545 號民事判決意旨。

7. 參最高法院 93 年度台上字第 2135 號民事判決意旨。

8. 參最高法院 83 年度台抗字第 3 號民事裁定意旨。

9. 參最高法院 100 年度台抗字第 397 號民事裁定意旨。

條所稱居所、事務所或營業所之定義，攸關寄存送達是否合法之判斷，值得研究：

1. 最高法院 106 年度台上字第 2635 號判決意旨略以：民事訴訟法第 136 條第 1 項前段所謂住居所，乃應受送達人安息休養之所，不問其一時的與繼續的，故家屋旅舍船舶皆是。（該條立法理由參照）次按民法第 20 條第 1 項規定，依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。顯見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。而判斷有無「久住之意思」，自應依客觀之「一定事實」探究並認定之。至「一定事實」，包括戶籍登記、居住情形、家屬概況、對外連繫等項均屬之。又依一定事實，足認以廢止之意思離去其住所者，即為廢止其住所，固為民法第 24 條所明定。然離去其住所（如留學、就業、服役、服刑、避債等），如有歸返之意，尚不得遽認廢止其住所。
2. 戶籍法為戶籍登記之行政管理規定，戶籍地址乃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。蓋：設定戶籍地址之原因多端，為特定目的例如子女就讀學區、長期出境、贊助選舉或參與競選等事由而寄託戶籍於親友住處、實際上並未居住於戶籍地址。當事人如果主張實際上並未居住於戶籍地址，自應負舉證責任。諸如依據

歷年入出境資訊，當事人自某期間起迄今，單次出境期間多為數月，單次入境期間則僅數日，在臺灣境內期間甚短，且住居於親友住處，非住居於系爭戶籍地址，亦未前往派出所領取寄存送達於系爭戶籍地址之訴訟文書等情，足認當事人並無長期或短暫住居於系爭戶籍地址之事實，法院如將言詞辯論期日通知書寄存送達於系爭戶籍地址，自不生合法送達當事人之效力¹⁰。

3. 當事人公司登記地址，僅有推定為當事人公司所在地之效力，當事人公司如果主張實際上當事人公司並不在公司登記地址營業，則當事人公司及其法定代理人應受送達處所為何，仍應調查事證以憑判斷按公司登記地址送達訴訟文書是否發生送達之效力¹¹。

（四）寄存送達訴訟文書不合法可能衍生諸多法律問題，除審判程序缺席判決是否有訴訟程序重大瑕疵，已如前述外，就督促程序寄存送達支付命令不合法而誤發確定證明書，債權人憑以聲請強制執行，債務人如何謀求救濟程序，並不在本文討論之範圍，擬另以其他系列名稱研討，併此預告。

三、其他類型之不合法送達

- （一）對於在監所人為送達者，應託該監所長官為之，民事訴訟法第 130 條定有明文。當事人因案在監所執行，法院言詞辯論期日通知書向當事人之住所送達，雖經同居人受領，但依上開

10. 參最高法院 97 年度台抗字第 118 號民事裁定、最高法院 98 年度台抗字第 858 號民事裁定、最高法院 103 年度台抗字第 397 號民事裁定、臺灣高等法院 107 年度上更一字第 6 號民事判決等意旨。

11. 同註 6（公司登記地址僅有推定之效力）。

說明，尚不能謂已為合法之送達，而且當事人既羈押在監獄，亦難自行到場為言詞辯論，法院疏未注意及此，竟准許由對造當事人一造辯論而為判決，其訴訟程序顯有重大瑕疵¹²。

(二) 原告起訴狀將被告住所○○○誤載為△△△，致使第一審法院開庭期日通知書均向錯誤地址△△△送達，而為訴外人甲、乙分別代為收受。錯誤地址△△△既非被告之住居所、事務所或營業所，訴外人甲、乙亦非被告之同居人或受僱人，依民事訴訟法第136條第1項及第137條第1項規定，該項送達自不發生合法送達之效力。第一審法院疏未注意及此，竟准許由對造當事人一造辯論而為判決，其訴訟程序顯有重大瑕疵¹³。

(三) 原審指定93年3月23日為言詞辯論期日後，雖向上訴人甲送達言詞辯論期日通知書，惟該通知書係由中華電線電纜股份有限公司收受，上訴人甲應受送達之處所為台北縣林口鄉瑞平村瑞樹坑五二號，與送達證書上該公司所蓋印章上記載之地址為台北市○○路○○○號B，並不相同，且該公司又未經甲指定陳明為其送達代收人，是不到場之甲於原審尚難謂為已於相當時期受合法之通知。原審疏未注意及此，竟依到場之乙之聲請，准由其一造辯論而為判決，其訴訟程序，顯有重大瑕疵¹⁴。

(四) 被上訴人起訴時所列上訴人○○公司之法定代理原為甲，嗣於第二審審理中提出○○公司資料查詢表，主張其

法定代理人已變更為丙，並聲明由丙承受訴訟，惟該查詢表係經由電腦網路所列印，又無丙之詳細年籍及住居所資料，第二審並未依職權向主管機關函查○○公司法定代理人實際變動狀況及丙之真實年籍及住居所，徒認經由內政部戶役政資訊連結系統所查得之「丙」，即係○○公司之法定代理人，並以該人之住所為送達，復因均為寄存送達而無從得悉該人是否確為○○公司真實之法定代理人，致生○○公司是否經合法代理及上訴人○○公司是否受合法送達之疑義；如果上訴人○○公司未經合法代理，則第二審准由被上訴人一造辯論而為判決，即不合於民事訴訟法第386條之規定，其所踐行之訴訟程序顯有重大瑕疵¹⁵。

四、就審期間不合法

(一) 第一審之第一次言詞辯論期日通知書及起訴狀繕本，係於68年9月3日送達被告，按法令審判所定之期日或期間，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119條、第120條第2項及第121條第1項分別定有明文。則自送達之翌日即9月4日起算，至9月13日止始滿10日。第一審係定於68年9月13日行言詞辯論，即屬違背關於10日就審期間之規定，其准由原告一造辯論而為被告敗訴之判決，其所踐行

12. 參最高法院69年度台上字第2770號民事判例意旨。

13. 參最高法院69年度台上字第3752號民事判例意旨。

14. 參最高法院93年度台上字第1828號民事判決意旨。

15. 參最高法院96年度台上字第1735號民事判決意旨。

之訴訟程序顯有重大瑕疵¹⁶。

- (二) 債務人對支付命令為合法之異議，債權人支付命令之聲請即視為起訴，法院依通常程序分案開始審理，法院所定第一次言詞辯論期日通知之送達，仍應留 10 日或 5 日之就審期間，始謂於相當時期受合法通知，尚難以法院依督促程序寄發支付命令時，已連同債權人支付命令聲請繕本一併送達債務人，即可不留就審期間¹⁷。

肆、就審期間適用對象之爭議

- 一、民事訴訟法第 251 條規定：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，至少應有十日為就審期間。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五日。足認訴訟當事人聽審請求權之保障，關於訴訟繫屬及期日之認識（受通知權），係仰賴送達制度予以實踐。
- 二、依民事訴訟法第 251 條第 2 項所應留之就審期間，係使被告準備辯論及到場辯論之期間，於第一審程序，僅限於被告及初次辯論期日始有其適用，於第二審程序，依同法第 463 條準用第 251 條之規定，亦限於被上訴人及初次辯論期日始有其適用。此為最高法院有關民事訴訟就審期間之適用對象所持之一致見解¹⁸。
- 三、惟查最高行政法院有關行政訴訟就審期間之適用對象，於 109 年 7 月 28 日以前，所持見解互有歧異：

- (一) 甲說：應對兩造當事人（包括原、被告）均適用

不到場之當事人未於相當時期受合法之通知，而由另一造到場當事人辯論判決者，即屬訴訟程序有重大瑕疵，構成適用法規不當之違法，自得作為上訴最高行政法院之理由，行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條第 1 款、行政訴訟法第 243 條第 1 項、第 242 條定有明文。本件原審言詞辯論期日通知書係於 92 年 4 月 7 日送達於上訴人（即原審原告）。依行政訴訟法第 88 條第 3 項：「期間之計算，依民法規定」，即以日定期間者，其始日不算入，並以期間末日之終止，為期間之終止，民法第 120 條第 2 項、第 121 條第 1 項分別定有明文，則自送達翌日即 4 月 8 日起算，至 4 月 17 日始滿 10 日，原審係定於 92 年 4 月 17 日行言詞辯論，即屬違背關於 10 日就審期間之規定，其准由被上訴人（即原審被告）一造辯論而為判決，訴訟程序自有重大瑕疵¹⁹。

- (二) 乙說：應對原告不適用

行政訴訟法第 109 條第 2 項規定「言詞辯論期日，距訴狀之送達，至少應有 10 日為就審期間」，所謂「訴狀之送達」係指起訴狀送達被告而言，俾使被告有相當之時間得準備辯論與到場應訴，以防禦其權益。而原告乃訴訟之發動者，早已準備就緒，本無須就審期間，故前開條文並未規定言詞辯論期日通知書送達原告與言詞辯

16. 參最高法院 69 年度台上字第 1522 號民事判決意旨。

17. 參司法院第一廳 75.7.25 (75) 廳民一字第 1405 號研究意見。

18. 參最高法院 23 年度上字第 2678 號民事判例、87 年度台抗字第 531 號民事裁定、最高法院 30 年渝上字第 736 號民事判決、87 年度台上字第 694 號民事裁定、87 年度台上字第 2593 號民事裁定、94 年度台上字第 149 號民事裁定等意旨。

19. 參最高行政法院 93 年度判字第 1283 號行政判決意旨。

論期日之間，應有相當之時間。對照民事訴訟法第 251 條之規定內容，亦見相同之立法意旨²⁰。

四、最高行政法院 109 年 07 月 28 日 109 年度判字第 397 號行政判決意旨略以：本庭審理本件上訴人事件，就涉及行政訴訟法第 109 條規定，即本件原審以未到場上訴人即原審原告已受合法通知，准被上訴人即原審被告為一造辯論判決，有無違反行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條第 1 款規定？亦即准一造辯論之「受合法通知」要件之就審期間，是否對兩造當事人（包括原、被告）適用，或僅對被告適用，對原告不適用？之法律爭議，經評議後，擬採就審期間對原告不適用之見解。乃依行政法院組織法第 15 條之 2 第 2 項規定，循序踐行對其他各庭徵詢意見之徵詢程序，提具本院 108 年度徵字第 7 號徵詢書，徵詢本院其他庭之意見，業經受徵詢庭均回復同意本庭擬採之法律見解，已為本院統一之法律見解。

五、本文見解

- (一) 大法官釋字 482 號解釋闡釋憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。
- (二) 所謂程序上之平等權即學說上所稱之武器平等原則。其內涵係指當事人在訴訟程序上享有地位平等、機會平等及風險平等而言。就地位平等而言，

係指當事人不論為攻擊者（原告或上訴人）或防禦者（被告或被上訴人），亦不論其在訴訟外之實體法律關係是否有上下從屬關係，在訴訟上均享有相同之地位。就機會平等而言，係指當事人享有平等接近法院、利用法院以及提出攻擊防禦方法之機會。就風險平等而言，則指訴訟勝敗之風險，應平等分配於兩造當事人，不應由一造當事人負較高之敗訴不利益風險。而且不僅為形式上之平等，亦須為實質平等之保障，使有意主張權利之人均能有機會使用訴訟制度，而為其排除主張權利之障礙²¹。

(三) 基於下列理由，本文認為就審期間應對兩造當事人（包括原、被告）均適用，始符武器平等原則：

1. 民事訴訟法第 251 條第 1 項及第 267 條第 1 項所謂「訴狀」，均係指「起訴狀」而言，此為司法實務之一致見解。民事訴訟法第 251 條雖規定：訴狀，應與言詞辯論期日之通知書，一併送達於被告（第 1 項）。前項送達，距言詞辯論之期日，至少應有十日為就審期間。但有急迫情形者，不在此限（第 1 項）。惟從民事審判實務觀察，司法院 111 年 9 月 12 日修正各級法院辦案期限實施要點規定：民事通常程序第一審審判案件辦案期限為 1 年，逾該期限，尚未終結，而有該實施要點第 10 點所列各款情形之一者，經承辦法官敘明理由，報請該管法院院長核可者，尚可視為不遲

20. 參最高行政法院 94 年度判字第 333 號行政判決意旨。

21. 沈冠倫，訴訟權保障與民事訴訟，第 232 頁（台大法學論叢第 34 卷第 5 期）、姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，第 174~179 頁；許士宦，程序保障與闡明權，第 54~60 頁。

延事件，足認承辦法官顯無收受「起訴狀」後速定言詞辯論期日之必要。何況僅憑起訴狀記載之內容而無需審酌被告如何答辯，即可速定言詞辯論期日，將訴狀及言詞辯論期日通知書一併送達於被告，準備「一庭終結」之情形，堪稱司法天方夜譚！

2. 民事訴訟法第 267 條規定被告於收受訴狀後，如認有答辯必要，應於十日內提出答辯狀於法院，並以繕本或影本直接通知原告；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日五日前為之（第 1 項）。應通知他造使為準備之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，當事人應於他造得就該事項進行準備所必要之期間內，提出記載該事項之準備書狀於法院，並以繕本或影本直接通知他造；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日五日前為之（第 2 項）。對於前二項書狀所記載事項再為主張或答辯之準備書狀，當事人應於收受前二項書狀後五日內提出於法院，並以繕本或影本直接通知他造；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日三日前為之（第 3 項）。綜觀民事訴訟法第 267 條條文內容，第 1 項係規定被告於收受訴狀後，如認有答辯必要所需提出答辯狀之期間，第 2 項及第 3 項則係分別規定兩造提出準備書狀（補充陳述）及收受答辯狀或準備書狀（補充陳述）再為主張或再為答辯之期間，如已指定言詞辯論期日者，3 項規定均要求至遲應於該期日五日前或 3 日前為之。並無因原被告身分而有所不同。該條規定依民事訴訟法第 463 條規

定為第二審程序所準用，充分展現事實審法院有關造當事人協力促進準備辯論之期間規範，均實踐武器平等原則。

3. 第一審程序原則上准許兩造當事人於言詞辯論終結前適當時期提出攻擊或防禦方法，此觀民事訴訟法第 196 條第 1 項之規定至明。第二審程序原則上規定兩造當事人不得提出新攻擊或防禦方法，除非具有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書規定所列 6 款情形之 1 者，始得為之。由此可見事實審兩造當事人之攻擊或防禦方法瞬息萬變甚至改採防禦方法為攻擊方法。
 4. 兩造當事人就法律知識及社經地位而言，實際上可能存在懸殊差距。類此差距對訴訟程序之進行及其訴訟結果難免造成若干影響。如果僅有一造委任律師為訴訟代理人之情形，訴訟勝敗之風險可能較為顯著。縱使兩造當事人均各委任律師為訴訟代理人，亦會因律師之專業能力、執業經驗及職業道德等因素之差距，以致未能使當事人之權利在裁判上實現之機會獲得實質平等。
 5. 綜上所述，堪認所謂「原告乃訴訟之發動者，早已準備就緒，本無須就審期間」，似與民事訴訟法第 267 條所展現兩造當事人武器平等原則之立法意旨不符，而無從徒憑民事訴訟法第 251 條規定即可導出就審期間之規定僅適用於被告之結論。
- (四) 111 年 1 月 4 日施行憲法訴訟法第 59 條第 1 項所規定裁判憲法審查制度，旨在使大法官憲法審查效力擴及於司法權作用下之法院確定終局裁判，提

供人民更完整之基本權保障。最高法院有關民事訴訟就審期間之適用對象所持之一致見解認：依民事訴訟法第 251 條第 2 項所應留之就審期間，係使被告準備辯論及到場辯論之期間，於第一審程序，僅限於被告及初次辯論期日始有其適用，於第二審程序，依同法第 463 條準用第 251 條之規定，亦限於被上訴人及初次辯論期日始有其適用，既如前述，則確定終局判決如事實審所為一造辯論判決係基於原告或上訴人未到場為言詞辯論而有就審期間不足之情形，即屬侵害原告或上訴人之聽審權及程序上之平等權，不符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，而涉及裁判憲法審查之爭議。

伍、結語

民事訴訟法第 386 條第 1 款所謂「言詞

辯論期日不到場之當事人未於相當時期受合法通知」，涵蓋言詞辯論期日通知書未經合法送達，或就審期間不足之情形，前者主要包括職權公示送達不合法、寄存送達不合法以及其他類型之送達不合法；後者表面上似較單純，實際上卻有就審期間適用對象之違憲爭議。本文藉由實際訴訟案例，探討歷年來我國民事訴訟缺席判決有關民事訴訟法第 386 條第 1 款及第 251 條規定之實務運作現況，究竟有無侵害未到場當事人之聽審請求權、武器平等權以及有無救濟途徑可循，純屬個人淺見，旨在拋磚引玉，絕無蓄意挑戰最高法院有關民事訴訟就審期間之適用對象所持之一致見解及最高行政法院 109 年 07 月 28 日 109 年度判字第 397 號判決有關行政訴訟就審期間之適用對象，所闡釋該院之統一見解，併此敘明。