

## 〔98年司法特考〕

一、文書送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所不獲會晤應受送達人或應受送達人拒絕收領者，依民事訴訟法規定應如何處理？（98書）

〔擬答〕

（一）不獲會晤應受送達人之處理：寄存送達

## 1.意義

送達不能依本人送達方法為之而又不能交付其同居人或受僱人時，則以寄存送達方法行之。所謂寄存送達，即不能依上述方法為送達者，得將應送達之文書寄存於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（§138 I）。

## 2.效果

（1）寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力（§138 II）。

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，為避免其因於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，§138 II 明定寄存送達自寄存之日起，經十日發生效力。至應受送達人如於寄存送達發生效力前領取寄存文書者，應以實際領取之時為送達之時，乃屬當然。

（2）寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存二個月（§138 III）。

（二）應受送達人拒絕收領之處理：留置送達

應受送達人拒絕收領而無法律上理由者，應將文書置於送達處所，以為送達（§139），謂之留置送達。以此項方法送達者，必須應受送達人拒絕收領而無法律上理由，拒絕收領人包括送達代收人及同居人、受僱人拒絕收領之情形在內。

二、甲以無權占有之法律關係訴請乙拆屋還地而獲勝訴判決，乙不服提起上訴，於第二審審理中，甲撤回起訴，乙具狀表示同意其撤回起訴，而終結訴訟。乙乃於三個月內聲請退還第二審裁判費之全部，問法院應否准許，請附理由說明之。（98書）

〔擬答〕

（一）甲為訴之撤回合法

## 1.訴之撤回之意義

原告起訴後，就訴訟之全部或一部向法院表示不再請求法院為判決之意思，為訴之撤回。

## 2.要件

（1）須由原告為之

（2）須於判決確定前為之

**(3)須向法院爲之**

- ①現在繫屬之法院爲之。
- ②若僅向被告表示撤回，或兩造約定由原告爲訴之撤回，均尙不生訴之撤回之效力。
- ③訴之撤回只須合於要件，其意思表示一到達法院即生撤回之效力，毋須法院同意，故原告不得撤回已經撤回之訴之意思表示。

**(4)被告已爲本案言詞辯論者，應得被告同意**

- ①法律之所以設此項限制，因被告已爲本案之言詞辯論後，有得受本案判決以確定私權之利益，若許原告任意撤回，即非保護被告之利益，且原告尙有機會再行起訴（§263 I），顯失公平。
- ②被告如拒絕同意，撤銷即爲無效；縱嗣後被告表同意，亦不生任何效力。
- ③至於訴訟進行至第二或第三審後，原告始爲訴之撤回，該訴如未經本案之言詞辯論者（§249 II、§463），仍不須得被告之同意。如已經本案之言詞辯論者，原告雖不得再行起訴（§263 II），但爲確保被告利益起見，依§262 I 但書，應得其同意。
- ④反訴原告於本訴撤回後，將反訴撤回者，不須得原告之同意（§264）。反訴之撤回，準用本訴撤回之規定，爲本訴撤回後，反訴之撤回，不須得原告之同意（§264），否則有違公平之原則。
- ⑤在準備程序爲訴訟標的之辯論者，亦應認爲已爲本案之辯論。
- ⑥包括明示同意或默示同意。
- ⑦被告之同意訴之撤回，不得附條件或期限。

**(5)訴之撤回不得附條件或期限****①原則：不得附條件、期限**

訴之撤回乃使訴訟程序終結之訴訟行爲，故不得附條件，否則訴訟係屬將置於不安定之狀態。

**②例外：訴之變更**

訴之變更係在新訴在程序上被准許爲條件撤回原有之訴。

**3.甲爲訴之撤回合法**

第二審審理中，甲撤回起訴，乙具狀表示同意其撤回起訴，係於確定判決前由原告提起，並得被告之同意，合於訴之撤回之要件，故甲爲訴之撤回爲合法。

**(二) 法院應駁回乙之請求**

- 1.民事訴訟法第 83 條規定：「原告撤回其訴者，訴訟費用由原告負擔。其於第一審言詞辯論終結前撤回者，得於撤回後三個月內聲請退還該審級所繳裁判費三分之二（第 1 項）。前項規定，於當事人撤回上訴或抗告者準用之（第 2 項）。」96 年修法，爲鼓勵當事人撤回無益或不必要之訴訟，以減輕訟累，並減省法院勞費，爰修正將原告得聲請退還所繳裁判費之比例提高爲三分之二。
- 2.被上訴人甲撤回起訴，上訴人乙得否於三個月內聲請退還第二審裁判費，則有爭議：

**(1)甲說（否定說）：**

修正民事訴訟法第 83 條第 1 項（96 年修法前規定）規定：「原告撤回其訴者，訴訟費用由原告負擔。其於第一審言詞辯論終結前撤回者，得於撤回後三個月內聲請退還該審級所繳裁判費二分之一」。第 2 項規定：「前項規定，於當事人撤回上訴或抗告者準用之」。上訴人（即一審被告）提起上訴後，被上訴人（即一審原告）在第二審撤回其訴，雖使上訴人之上訴亦不存在而減省第二審法院之勞費。惟上訴人既非撤回上訴之當事人（行為人），與前開法條所定得聲請退還該審級所繳裁判費二分之一之要件不合，亦與該條項立法意旨係為鼓勵撤回之當事人之精神不符，應不得聲請退還所繳第二審裁判費二分之一。

**(2)乙說（肯定說）：**

修正民事訴訟法第 83 條第 1 項（96 年修法前規定）規定：「原告……於第一審言詞辯論終結前撤回者，得於撤回後三個月內聲請退還該審級所繳裁判費二分之一」。第 2 項規定：「前項規定，於當事人撤回上訴或抗告者準用之」。其立法理由在於鼓勵當事人撤回無益或不必要之訴訟，以減省法院之勞費。上訴人（一審被告）於上訴後，被上訴人（即一審原告）在第二審撤回起訴，使上訴人之上訴亦不存在。其上訴不存在雖非由於上訴人之撤回上訴所致，惟同樣可以節省第二審法院之勞費，參照上開立法意旨，上訴人自得聲請退還第二審裁判費二分之一。

**(3)臺灣高等法院 89 年庭長法律問題研討會採甲說（否定說）之見解。**

3.縱採肯定說之見解，上訴人亦僅得聲請退還裁判費三分之二，而不得聲請退還裁判費之全部。