

釋字第六六七號解釋不同意見書

大法官 黃茂榮

本件解釋多數意見認為：「訴願法第四十七條第三項準用行政訴訟法第七十三條，關於寄存送達於依法送達完畢時，即生送達效力部分，尚與憲法第十六條保障人民訴願及訴訟權之意旨無違。」本席不能贊同。爰提出不同意見書如下：

壹、問題緣起

關於寄存送達之生效日，訴願法及行政訴訟法皆無明文規定。以判決形成之司法實務認為：應自該文書寄存於送達地之自治或警察機關時起發生送達效力。由於寄存送達僅是擬制送達，實際上並未將應送達之文書現實交付應受送達人，使其取得現實占有；所以，在寄存送達，當其依行政訴訟法七十三條寄存時，應受送達人並不知悉經擬制送達之文書的內容。然當該文書所載內容為行政處分、訴願決定書或行政法院之判決時，其法定不變期間即從擬制送達時起算，以致應受送達人常因此遲誤提起行政救濟的期限，喪失其訴願權、行政訴訟權等相關行政爭訟的權利。

中華民國（以下同）九十二年二月七日修正公布民事訴訟法第一百三十八條，其第二項規定：「寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」該規定依刑事訴訟法第六十二條準用於刑事訴訟。而行政訴訟法就寄存送達並未為相應之修正，亦即未明文規定其送達之起效日。於是，在民事、刑事及行政等三大法律爭訟領域，僅剩行政爭訟領域還維持寄

存送達即日生效的規定。該不一致的規範狀態，視情形既有損於行政處分之受處分人或訴訟當事人之訴願權、行政訴訟權，便引起是否違憲的疑問。

該疑問之主要爭點可整理為：(1) 本號解釋文所代表之看法：「訴願法第四十七條第三項準用行政訴訟法第七十三條關於寄存送達之規定於依法送達完畢時，即生送達效力」。亦即認為不待於準用其他法律之規定，行政訴訟法第七十三條本身已有關於寄存送達之生效日的規定。惟這是否與該等規定之內容相符？在有爭議時，是否應明白表示其真正之法律依據，以符憲法第八十條關於法官應依據法律獨立審判的要求？(2) 以寄存之擬制送達時點為寄存送達之生效日的法律依據，如必須準用其他法律，此時準用民法，而不準用民事訴訟法，其捨近求遠之準用所造成之體系衝突，在有害於人民之訴願權、行政訴訟權等行政爭訟權時，是否即自證其有違反平等原則之違憲性；該造成體系衝突之規定是否與憲法第二十三條所定之比例原則無違？(3) 現行實務，對於以寄存為基礎之擬制送達，賦予與當面之現實送達相同的效力。依該實務見解，在擬制送達時即已開始起算關於提起訴願、行政訴訟之法定期間，以致應受送達人之訴願權或訴訟權有較大的機會因遲誤法定期間而喪失，從而受到不利的影響。以擬制之法律事實侵蝕人民之訴願權或訴訟權，是否違反憲法第十六條保障人民訴願及訴訟權的意旨？

貳、送達之概念、各種訴訟法上之送達種類以及寄存送達生效日之規範基礎

一、送達之概念

在非對話之意思表示，因為表意人與相對人非處於面對面，所以在表意人以發信的方法為表示時，該文書原則上並不即到達於相對人。關於非對話之意思表示的生效時點有採發信主義與到達主義的不同立法例。民法第九十五條規定採到達主義。所謂採到達主義的意義為：以文書到達時生效為原則，以發信或其他情形生效為例外。又關於非對話而為之意思表示的生效，民法與民事訴訟法雖皆採到達主義，但對其到達或送達的方法有不同的規定。

基於到達主義，民法第九十五條以通知達到相對人時，發生效力。然何謂到達，民法並無規定，後來由最高法院判例予以具體化。例如最高法院五十八年度臺上字第七一五號民事判例認為：「所謂達到，係指意思表示達到相對人之支配範圍，置於相對人隨時可了解其內容之客觀之狀態而言。」最高法院五十四年度臺上字第九五二號民事判例又稱：「所謂達到，係僅使相對人已居可了解之地位即為已足，並非須使相對人取得占有，故通知已送達於相對人之居所或營業所者，即為達到，不必交付相對人本人或其代理人，亦不問相對人之閱讀與否，該通知即可發生為意思表示之效力。」歸納之，關於民法規定之非對話意思表示的到達，最高法院判例採「信箱主義」。亦即以文書在空間上脫離發信人之支配，使受信人取得對於該文書之事實上管領力（民法第九百四十條參照）為送達。要之，民法第九十五條意義下之送達，以文書脫離送達人之占有，相對人取得該文書之占有為到達相對人之認定標準，並不以將該文書交付於相對人為要件。

惟上述送達概念，在民事訴訟法上已透過對送達為分類而加以修正；特別是因為寄存送達之擬制性，民事訴訟法上

已針對寄存送達之生效附以法定始期，緩和擬制送達可能造成實際上並不知悉之情境對於應受送達人之訴願、訴訟等權益的減損。

二、各種訴訟法上之送達種類

(一) 民事訴訟法之規定

為配合訴訟程序文書之傳達的需要，民事訴訟法對於文書之送達方法另有相較於民法更為具體之規定，並以如何送達為標準，規定有下列不同的送達態樣：直接送達、補充送達、留置送達、寄存送達及公示送達。以下分析之。

直接送達：依民事訴訟法第一百三十六條，指於應受送達人之住居所、事務所或營業所（第一項），就業處所（第二項）為送達；對於法定代理人之送達，亦得於當事人本人之事務所或營業所行之（第三項）。該條第一項但書並規定：「在他處會晤應受送達人時，得於會晤處所行之。」

補充送達：依民事訴訟法第一百三十七條，指「送達於住、居所、事務所或營業所不獲會晤應受送達人者，得將文書付與有辨別事理能力之同居人或受僱人。」之送達方式。

歸納民事訴訟法第一百三十六條第一項但書及第一百三十七條之適用前提，可知送達原則上必須在會晤應受送達人的情形下為之。這可稱為「面交原則」。由此可見，鑑於訴訟文書對於當事人之重要性，民事訴訟法對於文書之送達方法，較之民法已有更為嚴謹的規定：不是單純投入信箱即生送達效力，而是原則上應面交應受送達人，始生送達之效力。亦即民事訴訟法已經注意到單純投入信箱有送而不達的事實。同法第一百二十六條規定：「法院書記官，得於法院

內，將文書付與應受送達人，以為送達。」亦遵守面交原則。這亦屬於直接送達的態樣。直接送達及補充送達之規定中關於應受送達地點之規定的意義為：如傳達人不能在上述規定的地點會晤應受送達人，以致不能完成送達任務時，容許在一定的條件下以其他方法送達之。

傳達人不能在上述規定地點完成送達任務的事由有：
(1) 單純因為應受送達人及其有辨別事理能力之同居人或受僱人皆不在，(2) 應受送達人無法律上理由而拒絕收領。

寄存送達：在上述第(1)種情形，依民事訴訟法第一百三十八條，指傳達人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(同條第一項)。寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力(同條第二項)。寄存送達之生效附以法定始期十日。因所以為寄存送達之事由不可歸責於應受送達人，且寄存送達並非現實送達而是擬制送達，所以就其生效附以法定始期，可謂是貫徹面交原則的合理配套規定，以便應受送達人有合理的緩衝期間，可被期待由擬制之虛擬的受送達狀態，進入實境之現實的受送達狀態。

留置送達：指在上述第(2)情形，傳達人應將文書置於送達處所，以為送達(民事訴訟法第一百三十九條)。因所以為留置送達的事由可歸責於應受送達人，且傳達人與應受送達人已處於得面交文書的狀態。是故，留置送達於留置時即可發生送達的效力¹。

¹ 然若受信人無正當理由而拒絕接收，且該書信經留置者，既認為已達到相對人之支配範圍內，相對人隨時可以了解其內容，應認為已達到而發生效力。該留置可留置於受信人之居所或營業所，亦可留置於郵局並通知受信人往取書信(最高法院八十六年度臺抗字第六二八號民事裁

公示送達：依民事訴訟法第一百四十九條，指對於當事人之送達，於有下列各款情形之一時，受訴法院依聲請，而准為公示送達：一、應為送達之處所不明者。二、於有治外法權人之住居所或事務所為送達而無效者。三、於外國為送達，不能依第一百四十五條之規定辦理，或預知雖依該條規定辦理而無效者。公示送達之方法，依民事訴訟法第一百五十一條規定：「應由法院書記官保管應送達之文書，而於法院之公告處黏貼公告，曉示應受送達人應隨時向其領取。但應送達者如係通知書，應將該通知書黏貼於公告處（第一項）。除前項規定外，法院應命將文書之繕本、影本或節本，登載於公報或新聞紙，或用其他方法通知或公告之（第二項）。」由於公示送達亦並非現實送達，而是擬制送達，所以關於公示送達之生效時期，同法第一百五十二條規定：「公示送達，自將公告或通知書黏貼公告處之日起，其登載公報或新聞紙者，自最後登載之日起，經二十日發生效力；就應於外國為送達而為公示送達者，經六十日發生效力。但第一百五十條之公示送達，自黏貼公告處之翌日起，發生效力。」亦即其生效與寄存送達之生效一樣附以法定始期，以保障應受送達人知悉送達文書之內容及不變期間之起算日的權益。歸納寄存送達及公示送達之生效始期的規定，可見對於擬制送達存在有應附以法定始期，以保障應受送達人之權益的共通價值決定。該價值決定應予貫徹。

（二）刑事訴訟法之規定

刑事訴訟法第六十二條規定，送達文書，除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定。所以，民事訴訟法上述關

定參照)。

於送達的規定亦適用於刑事訴訟文書的送達。不過，關於公示送達，刑事訴訟法有自己之下述兩條規定：(1) 關於公示送達之事由，刑事訴訟法第五十九條規定，「被告、自訴人、告訴人或附帶民事訴訟當事人，有左列情形之一者，得為公示送達：一、住、居所、事務所及所在地不明者。二、掛號郵寄而不能達到者。三、因住居於法權所不及之地，不能以其他方法送達者。」(2) 關於公示送達之程序與生效期，刑事訴訟法第六十條規定：「公示送達應由書記官分別經法院或檢察長、首席檢察官或檢察官之許可，除將應送達之文書或其節本，張貼於法院牌示處外，並應以其繕本登載報紙，或以其他適當方法通知或公告之（第一項）。前項送達，自最後登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力（第二項）。」其生效之法定始期為「公告之日起，經三十日發生效力」。就在國內所為之公示送達而言，刑事訴訟法所規定之期間尚較民事訴訟法第一百五十二條所定「自最後登載之日起，經二十日發生效力」所規定之期間為長。

（三）行政訴訟法之規定

類似於民事訴訟法，行政訴訟法也就直接送達、補充送達、寄存送達、留置送達及公示送達予以分類，並明文規定如下：

直接送達：依行政訴訟法第七十一條，指於受送達人之住居所、事務所或營業所（第一項）就業處所（第三項）為送達；對於法人、機關、非法人之團體之代表人或管理人為送達者，應向其事務所、營業所或機關所在地行之（第二項）。該條第一項及第三項之但書皆規定，但在他處會晤應受送達人時，得於會晤處所行之。

補充送達：依行政訴訟法第七十二條，指「送達於住居所、事務所、營業所或機關所在地不獲會晤應受送達人者，得將文書付與有辨別事理能力之同居人、受僱人或願代為收受而居住於同一住宅之主人（第一項）。前條所定送達處所之接收郵件人員，視為前項之同居人或受僱人（第二項）。」歸納同法第七十一條第一項及第三項之但書及第七十二條關於補充送達之適用前提，可知送達原則上必須在會晤應受送達人的情形下為之。由上述說明可見，送達原則上應採前述「面交原則」，行政訴訟法與民事訴訟法之規定並無不同。

在傳達人不能在上述規定地點完成送達任務時，行政訴訟法在第七十三條及第七十四條同樣按其所以不能之下述事由，分別為寄存送達及留置送達的規定：（1）單純因為應受送達人及其有辨別事理能力之同居人或受僱人皆不在，（2）應受送達人無法律上理由而拒絕收領。

寄存送達，依行政訴訟法第七十三條，針對上述第（1）種情形規定：「送達不能依前二條規定以直接送達或補充送達的方式為之者，得將文書寄存於送達地之自治或警察機關，並作送達通知書二份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所或營業所門首，一份交由鄰居轉交或置於應受送達人之信箱或其他適當之處所，以為送達（第一項）。前項情形，如係以郵務人員為送達人者，得將文書寄存於附近之郵政機關（第二項）。寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存三個月（第三項）。」

留置送達，依行政訴訟法第七十四條第一項，指「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。」之送達方式。

公示送達：行政訴訟法第八十一條規定：「行政法院對於當事人之送達，如有左列情形之一者，得依聲請或依職權為公示送達：一、應為送達之處所不明者。二、於有治外法權人住居所或事務所為送達而無效者。三、於外國為送達，不能依第七十七條之規定辦理或預知雖依該條規定辦理而無效者。」關於公示送達之方法及生效日期，同法第八十二條規定，「公示送達，自將公告或通知書黏貼牌示處之日起，其登載公報或新聞紙者，自最後登載之日起，經二十日發生效力；於依前條第三款為公示送達者，經六十日發生效力。但對同一當事人仍為公示送達者，自黏貼牌示處之翌日起發生效力。」其所附始期與民事訴訟法第一百五十二條所定者相同。此外，關於公示送達之生效日期，行政程序法第八十一條規定之生效期間亦與行政訴訟法規定者相同。由此可見，行政訴訟法對於擬制送達應附以適當之生效期限並非沒有認識。是故，行政訴訟法對於具有擬制性質之寄存送達的生效時期未附以法定始期，顯然是出於立法上之失誤。因此構成之漏洞應參酌相關之程序法的規定予以補充。其未為補充之規範狀態損及人民之訴願權及訴訟權時，自己構成違憲。

三、寄存送達生效日之規範基礎

關於寄存送達，行政訴訟法第七十三條並無自何時起生效之明文規定。然由於寄存送達係一種擬制送達，而非真正的送達，且其不能送達的事由不可歸責於應受送達人，所以對其送達之起效日，雖可能有或長或短的仁智之見，但應有明文加以規定，以衡平其僅係擬制送達的必要性。無視於寄存送達在送達上之關鍵的擬制性質，而認為其應與現實送達

的態樣一體適用相同之生效日的規定，一方面有將不同性質之事務，相同處理，違反平等原則的情事；另一方面其處理又因與民事訴訟法的規定不同，而有體系衝突。是故，其屬於應有明文規定之必要性而竟未予規定的情形，構成漏洞，應予補充。

歸納言之，關於非對話意思表示的生效，民法第九十五條第一項前段針對一切意思表示，一般規定為：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。」針對訴訟文書，九十二年二月七日民事訴訟法第一百三十八條第二項修正後規定：「寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」該項規定依刑事訴訟法第六十二條並準用於刑事訴訟。而行政訴訟法就寄存送達並未為相應之修正或準用（未明文規定其送達之起效日）。關於行政訴訟文書之寄存送達的起效日，在實務上不準用民事訴訟法，而準用民法，造成行政訴訟法與民事訴訟法之規定不一致的規範狀態。該不一致引起之體系衝突如侵害人民之基本權利，而無憲法第二十三條所定之必要性時，便構成違憲。

刑事訴訟法第六十二條的規定顯示：民事訴訟法在刑事訴訟的引用需要藉助於準用之明文規定。是則，民事訴訟法在行政訴訟的引用，是否也應有相關行政訴訟法準用民事訴訟法之明文規定？而在因行政訴訟法無關於準用民事訴訟法第一百三十八條第二項之明文規定，而認為不應準用時，又應適用哪一個規定決定行政訴訟文書之寄存送達的起效日？有謂應適用民法的規定。問題是：（1）民法有無明文規定可供適用或準用？（2）如將最高法院之判例中關於民法之非對話意思表示之到達的見解適用或準用至行政訴訟，是

否亦應有行政訴訟法之明文規定？

按民法及其司法實務關於送達之起效日的規定或見解是關於真正送達的規定或見解。而寄存送達僅是擬制送達。對之，民法並無規定。是故，關於寄存送達，民法並無可供行政訴訟文書之送達準用之條文。考量擬制送達不是真正之送達，民事訴訟法第一百三十八條第二項規定，寄存送達，自寄存之日起，經十日始發生效力²。行政訴訟法第七十三條規定之寄存送達的適用要件，既與民事訴訟法上述規定所定者相同，自當同樣有法定始期的規定。既然行政訴訟法與民事訴訟法同屬訴訟法，為何在就民法與民事訴訟法同樣無準用之明文規定的情形，優先準用實體法（民法），而非準用程序法（民事訴訟法）關於非對話意思表示之生效的規定？何況，民法根本無可供準用之規定！

接受文書之送達是一個人維護其權利所必須的程序條件。所以在程序法上或訴訟法上，關於送達，如有事實上未交付相對人，而擬制為已對其送達的規定，則因其在結果上有剝奪人民依正當行政程序或訴訟程序維護其權利的可能性。所以應從程序正當性或訴訟權之保障的觀點，依比例原則審查其合憲性。

為保障應受送達人之程序權益，寄存之擬制送達的生效應附以多長之始期，固然見仁見智，但就寄存送達，立法機關已在民事訴訟法第一百三十八條第二項規定：「自寄存之

² 九十二年二月七日民事訴訟法第一百三十八條第二項之修正理由為：「一、寄存送達乃限於無法依前二條規定行送達時，始得為之，其方式自應較一般送達謹慎，方足以保護應受送達人之權益。爰修正原條文，並改列為第一項。二、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，爰增訂第二項，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。三、為求明確，爰增訂第三項，明定寄存機構應保存寄存文書之期間。」

日起，經十日發生效力。」且依刑事訴訟法第六十二條規定該條準用於刑事訴訟。然而，行政訴訟法雖有準用眾多民事訴訟法之規定，但就第七十三條所定之寄存送達，自己既無附法定始期，亦無準用民事訴訟法第一百三十八條第二項之規定。行政程序法第七十四條關於寄存送達之規定，亦然。於是，關於寄存送達之生效，引起行政訴訟法及行政程序法之規定與民事訴訟法及刑事訴訟法之規定不一致的情形。由於寄存送達實際上是一種擬制送達，在個案之具體情形不一定真正達到應受送達人。這在具體案件可能嚴重影響行政爭議案件之當事人知悉案情及必要時在法定期間內，聲請行政救濟的可能性，以致其行政救濟的聲請，在實務上常因遲誤法定期間，而被程序駁回。設民事訴訟法第一百三十八條第二項之規定在價值判斷上為合理，則行政訴訟法及行政程序法之上述規定便顯不合理。從而即有因該等規定間之價值判斷矛盾，超過必要程度限制人民受憲法第十六條保障之訴願權及訴訟權的情事。

況且，因為行政處分並不因提起行政救濟而停止其執行，所以並無因一般的行政需要，而使行政法上之文書在寄存送達，立即生效的必要性。是故，使寄存送達之行政處分、訴願決定書、行政裁判書在寄存時立即生效，對於人民提起行政救濟產生之可能的限制或剝奪，實無憲法第二十三條所定之必要性，顯然違反比例原則。因為該價值判斷矛盾所侵蝕之訴願權及訴訟權係屬於憲法層次之權利，所以因該價值判斷矛盾而與憲法第十六條衝突之寄存送達生效日的規定，當屬違憲，而應退讓，以使之與法秩序中其他與寄存送

達之生效日相關的規定一致³，俾符合實質法治國家的意旨，維護人民之訴願與訴訟權益。

此外，關於本號解釋理由尚需說明者為：關於寄存送達之生效日所以應附以法定始期，而不得在寄存時即發生送達效力的理由並不在於：應受送達人無知悉文書內容之可能性；而係在於：寄存送達僅是擬制送達，而非現實送達。於擬制送達時，應受送達人實際上知悉文書內容的時點，與現實送達相較，會有相當之時間落差。該落差會關鍵性影響應受送達人之回應的可能性，於其回應有法定不變期間之規定時尤然。是故，知悉時點的事實上特徵既有不同，自不應給予相同之規定。

解釋理由書中所陳下述理由，皆與知悉可能性有關，而與上述知悉時點之可能的時間落差無關，所以該等理由與是否應給予法定始期的實質考量之間，並無正當合理關連：(1)「寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存三個月（行政訴訟法第七十三條規定參照）。是寄存送達之文書，已使應受送達人可得收領、知悉，其送達之目的業已實現，自應發生送達之效力。」(2)「寄存送達既已使應受送達人處於可得迅速知悉其事並前往領取相關文書之狀態，則以訴願文書寄存送達完畢時作為發生送達效力之時點，已得確保人民受合法通知之權利，就整體而言，尚合乎憲法正當法律程序之要求，並與憲法第十六條保障人民訴願及訴訟權之意旨無違。」於此併予敘明。

³ 關於價值判斷矛盾與違憲的可能，請參考 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 469f..