在途期間之扣除與判決確定時點之探討（下）

－以民刑事訴訟程序的適用差異比較為中心

文／楊智守

（文接上期）

1. 訴訟代理人的住居所及受任權限狀況，以法定期間開始進行時為判斷時點

訴訟代理人的住居所及受任權限狀況，係以法定期間開始進行時或為訴訟行為時為判斷時點，涉及在途期間的定性，以目前實務見解而言，係以法定期間開始進行時為判斷時點，其住所於法定期間開始進行後變更者，要與是否應扣除在途期間或應扣除在途期間之長短無涉[52]，故訴訟代理人受有特別委任之代理權消滅後，法定期間開始進行者，仍應扣除在途期間，自不待言[53]。縱使當事人在第一審訴訟程序「未」授與訴訟代理人有上訴之特別代理權，而委任住居第一審法院所在地之訴訟代理人提起上訴，仍得扣除在途期間[54]。然而，就提起再審之訴的30日不變期間而言，當事人在前「確定訴訟程序」授與法院所在地之訴訟代理人有提起再審之訴的特別代理權，該特別代理權業因訴訟終結而消滅，當事人提起再審之訴時應另為委任行為並表明有此特別代理權[55]，則在上揭不變期間開始進行時，理論上，應專以當事人是否住居法院所在地以定是否扣除在途期間，然實務仍有以該訴訟代理人住居法院所在地受有得提起再審之訴的權限而認為無須扣除在途期間[56]。

2. 指定訴訟代理人為送達代收人時

送達代收人之地址固不影響是否扣除在途期間，但指定是否生效，直接影響送達合法時點，間接影響在途期間扣除與否之認定時點標準。

(1) 訴訟代理人若經限定委任，並不包括受送達權限者，當事人指定其為送達代收人有效，該訴訟代理人係以送達代收人身分為應受送達人（民訴第133條），但法院向該當事人為送達，既於該當事人並無不利，即非法所不許[57]，自應以當事人收受送達時為判斷時點。

(2) 訴訟代理人未經限制無受送達權限者，如為一般概括委任，則訴訟代理人本具收受送達權限，當事人指定其為送達代收人無效，該訴訟代理人係以訴訟代理人身分為應受送達人（民訴第132條），法院向該當事人為送達，若經審判長所命，則送達合法；若未經審判長命為送達，則該送達不合法，法院仍應送達訴訟代理人[58]，自訴訟代理人合法收受送達時為判斷時點。

3. 當事人死亡而有委任訴訟代理人時

當事人死亡在有委任訴訟代理人時，原則不停止訴訟程序，但仍有訴訟代理權消滅的情況，對在途期間的扣除與否有下列影響。

(1) 未經承受訴訟：

訴訟程序不因當事人死亡而中斷（民訴第173條），訴訟代理權之存續為單一審級者（民訴第69條第2項前段非但書）：

A. 訴訟代理人「無」上訴之特別委任權，該審級之訴訟程序至該審級之終局判決送達時中斷[59]，應待承受訴訟後，視不變期間更始進行時（民訴第188條第2項）之當事人住所狀況，決定有無在途期間之扣除。

B. 訴訟代理人「有」上訴之特別委任權，訴訟程序因當事人死亡後訴訟代理權仍存續，至代當事人提起合法之上訴時止（民訴第73條）[60]，但因已無當事人，故上訴之不變期間有無在途期間之扣除，專以訴訟代理人之住居所狀況決定。

(2) 經承受訴訟：

訴訟代理人原訴訟代理權，固因承受訴訟人依法承受訴訟時當然歸於消滅[61]：

A. 判決送達後提起上訴前聲明承受訴訟：

訴訟代理人受「有」得提起上訴之特別委任權，訴訟程序既不停止，上訴之不變期間自訴訟代理人收受送達時起算，縱經聲明承受訴訟，該當然停止事由視為發生在上訴以後[62]，由上訴審法院對承受訴訟為處置，原裁判法院並不以裁定准予承受訴訟，原訴訟代理權即不消滅，不變期間亦不更始進行[63]，無庸另予考量在途期間之扣除與否。

B. 言詞辯論終結後判決送達前聲明承受訴訟：

訴訟代理人受「有」得提起上訴之特別委任權，因訴訟程序不停止，同前項由上訴審法院對承受訴訟之聲明為處置[64]，並不影響上訴不變期間之進行及在途期間之扣除與否。

C. 言詞辯論終結後提起上訴前聲明承受訴訟，訴訟代理人「並無」得提起上訴之特別委任權：

因訴訟代理權至該審級之終局判決送達時即終了，又無上訴之特別代理權，故法院是否裁定准予聲明承受訴訟對法定期間均需自承受訴訟人依法承受訴訟後，不變期間更始進行之情形不生影響，又因訴訟程序於判決送達訴訟代理人時起即當然停止，故於此階段聲明承受訴訟，自應由為裁判之原法院裁定是否准予承受訴訟（民訴第177條第3項），並自裁定准予承受訴訟時起，不變期間更始進行時之狀態定有無在途期間之扣除。

4. 當事人與訴訟代理人均不住居法院所在地時的計算

法院已依民事訴訟法第132條規定向有受送達權限之訴訟代理人（未必在法院所在地）為送達者，則該訴訟代理人自送達時起，即可於法定期間內為一定之訴訟行為（縱當事人及他訴訟代理人不在法院所在地），其所應扣除之在途期間，即應以該訴訟代理人之處所為計算基準[65]。

二、在途期間與判決確定時期

判決確定時期，依民事訴訟法第 398 條規定，得上訴之判決，於上訴期間屆滿而無合法之上訴時確定；不得上訴之判決，則於宣示或公告時確定。故可知與在途期間之扣除與否具關聯性者，即得上訴判決之上訴期間何時屆滿，以下先就目前見解概述得上訴判決之確定態樣，再分述與在途期間扣除與否之關係。

（一）未提上訴：

於上訴期間屆滿時確定，有在途期間者，應扣除在途期間後計算之[66]。必要共同訴訟，其中一人上訴或對於其中一人上訴，上訴效力及於全體，必須全部共同訴訟人均於上訴期間內未提起上訴，其判決始為確定[67]。

（二）捨棄上訴：

合法捨棄上訴權時，即喪失上訴權，若他造當事人不得上訴，則判決於捨棄時確定[68]。

（三）撤回上訴：

撤回上訴者，喪失上訴權，若他造當事人不得上訴，則判決不論上訴期間是否屆滿，均應於撤回上訴生效時確定[69]，但在上訴期間屆滿後撤回上訴者，則自該撤回上訴之效力發生時，喪失原中斷判決確定之效力，故判決應自撤回生效時確定[70]。

（四）上訴不合法：

判決仍於上訴期間屆滿時確定，不能因當事人有不合法之上訴而延展其判決確定時期，雖有駁回不合法上訴之裁定在抗告中，無從斷定為非合法之上訴，不能認為判決已確定之見解[71]，此乃關於再審之訴之期間起算問題[72]。

以上可見，在途期間的扣除與否會影響判決確定時點的情況，係以未提上訴

（文轉三版）

註釋

52. 73年度台上字第3284號判決，轉引自吳明軒，註4書，頁447-448。
53. 吳明軒，註4書，頁448。99年度台抗字第587號民事裁定即認為當事人聲請退還裁判費事項已非前委任訴訟代理人所得為之訴訟上必要行為，應以當事人住居所以定應否扣除在途期間。
54. 70年度台再字第60號民事判決。
55. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，註38書，頁84。吳明軒，註4書，頁448。
56. 91年度台抗字第437號、97年度台聲字第1157號民事裁定。
57. 26年渝抗字第502號民事判例。
58. 臺高院103年法律座談會民事類提案第27號審查意見。
59. 31年上字第1149號民事判例。
60. 訴訟程序至繫屬上訴審後當然停止。93年度台抗字第587號民事裁定。
61. 92年度台抗字第396號民事裁定意旨。
62. 最高法院69年度第1次民事庭庭長會議決定（二）第一點。
63. 97年度台聲字第741號民事裁定即據此認為，聲請人於原第一審委任之訴訟代理人既有上訴之特別代理權，當然停止原因發生在第一審裁判送達後尚未提起上訴前，視為發生在上訴以後，由原第二審法院說明由新法定代理人承受訴訟後以上訴逾不變期間，認其上訴不合法而裁定駁回其上訴，並無適用法律錯誤之情事可參考。
64. 同註62第二點。
65. 96年度台抗字第315號民事裁定。
66. 楊建華原著、陳心弘增訂，註12書，頁1417-1418。司法院（77）廳民一字第493號函示討論意見及研究意見；司法院（82）廳民一字第13700號函示研究意見以確定日期之一致為理由，認為在當事人未提上訴的情形仍要加計在途期間計算確定日期。
67. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，註38書，頁367。
68. 34年抗字第130號民事判例揭示此時當事人僅得於他造當事人提起上訴時，附帶上訴。
69. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，註38書，頁368，則認為撤回上訴，視同未上訴，不生中斷判決確定之效力，判決仍於上訴期間屆滿時確定。
70. 最高法院96年第6次民事庭會議決議係針對上訴期間屆滿後撤回其上訴之情形。
71. 司法院院解字第3007號解釋、67年台抗字第495號民事判例。
72. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，註38書，頁368。
73. 僅被告在監所時，逕向原審法院提出上訴者，並非以其住居所而係以監所是否在法院所在地以定是否扣除在途期間，104年度台上字第1051號刑事判決雖記載「如被告之住所或居所不在法院所在地，計算該期間，自應扣除其在途之期間。又被告之住所、居所雖均在法院所在地，倘該監所不在法院所在地者，亦得扣除在途期間」，其中就被告住居所是否在法院所在地乙節，應係為適用刑訴第66條第1項要件，但監所並非被告住居所之說明。
74. 上訴則係指原審法院而非上級審法院，

植根法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
第二章 信託之稅捐義務 第四章 稅捐法規之司法審查各論 共825
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

法律網
訊的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋
第二章 稅捐法規之司法審查
總論
頁
1000元者
贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
幣400元

（文接二版）

及上訴不合法，以未提上訴仍應加計在途期間計算判決確定時點而言，在途期間之性質即屬法定期間之延長，故在上訴不合法的判決確定時期，如符合在途期間之扣除規定，仍應予以扣除後計算判決確定時點。

三、小結

歸納以上見解，在途期間在民事訴訟程序的定性，確屬法定期間的實質延展，故其認定標準以法定期間開始進行時之狀況為準，不論當事人有無提起上訴，只要符合在途期間扣除之規定者，即應在上訴期間附加在途期間屆滿時，判決始確定。

肆 在途期間在刑事訴訟的扣除與否

相較於民事訴訟程序，在途期間在刑事訴訟程序的要件及爭議均較少，主要在於計算確定時點，以下以在適用上與民事訴訟程序所生的差異進行說明。

一、要件

依刑事訴訟法第66條第1項規定：「應於法定期間內為訴訟行為之人，其住、居所或事務所不在法院所在地者，計算該期間時，應扣除其在途之期間。」其要件與前述民事訴訟法的規定稍有不同，然就其中所指之住居所[73]及法院所在地[74]均同，以下就主要差異，即於決定是否扣除在途期間之主體是否專以當事人為認定標準？尤其在強制代理的自訴代理人、告訴代理人於法院所在地有住居所、事務所且有權於法定期間為訴訟行為時，是否有援引民事訴訟法第162條第1項但書的排除規定進行說明。

以「為當事人或告訴人之利益而為訴訟行為」之人而言，刑事訴訟程序與民事訴訟最大之不同，即在於收受法院文書送達的權限，換言之，被告之辯護人、代理人、輔佐人或自訴代理人、告訴代理人等，除經被告指定為送達代收人[75]外，並「無」為被告收受送達之權限，前述「民事訴訟代理人未被限制收受送達權限而被指定為送達代收人係無效指定」及「未向訴訟代理人送達而向本人送達之送達不合法」之情形，並不發生在刑事訴訟程序。此外，刑事訴訟程序關係人向法院陳明送達代收人，依刑事訴訟法第55條第1項規定，以在法院所在地無住居所或事務所為限，否則所為陳明不生效力，法院無須於判決書當事人欄下為記載[76]，亦與民事訴訟的當事人任意指定不同[77]。

因此，法院既應向當事人或告訴人本人為文書之送達，則根源於當事人或告訴人本人權限而由他人代為行使的訴訟行為，如上訴、抗告或其他類此的救濟行為，自應以當事人或告訴人本人的訴訟行為期間為準，諸如上訴期間[78]、抗告期間、聲請再議期間[79]、聲請交付審判期間[80]等均是，益徵刑事訴訟法第66條第1項所定在途期間之扣除，並無如民事訴訟法第162條第1項但書「有訴訟代理人住居法院所在地，得為期間內應為之訴訟行為者，不在此限」的排除規定之適用緣由。也因此，刑事訴訟法第66條第1項規定的「應於法定期間內為訴訟行為之人」，係指應為該訴訟行為之本人[81]，能獨立以自己名義為訴訟行為之人，縱使被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴，上訴期間之計算及有無在途期間之扣除，仍以被告本人收受判決之日及其所在地為標準[82]，故在強制代理的告訴人聲請交付審判的10日期間（刑訴第258條之1第1項）、自訴人提起上訴期間，均係以告訴人接受處分書或自訴人收受法院判決之日及其所在地為標準，縱使所委任之代理人係在法院所在地住居或有事務所，且受有代理權限者，亦未有影響。

二、判決確定時期

不同於民事訴訟程序，檢察官為被告之不利益及利益均得上訴（刑訴第344條第1、4項），即使原審判決科處與起訴檢察官之求刑及公訴檢察官科刑意見相同之刑度，法院亦不得以有違禁反言原則限制檢察官之上訴[83]，故刑事判決之確定時點，除考慮被告收受判決時間及住居所狀況外，仍應比較檢察官上訴期間屆滿日。至若被告有數人者，原則上應各別起算其判決確定之日，與其他被告是否聲明不服無關[84]，亦與民事訴訟的必要共同訴訟情形不同。

（一）未提上訴：

此在刑事訴訟程序曾有爭議，前有以當事人未為訴訟行為，即無計算在途期間問題之見解[85]，現則在檢察官未提抗告之案件，在計算確定時點時有扣除在途期間之實例[86]，法務部亦函示「得上訴或抗告之案件，若兩造當事人並未上訴或抗告，其裁判確定日之時點，上訴或抗告期間應加計在途期間」[87]，堪認在當事人未提上訴的情形，就被告上訴期間屆滿時點之計算，現行見解仍應考量有無在途期間扣除之要件。準此，在監所之被告收受判決後未提上訴之判決確定時點，因其上訴書狀得選擇向監所長官提出，亦得不經監所長官而逕向原審法院提出。惟前者，必以在上訴期間內提出者，始視為上訴期間內之上訴，且無在途期間之扣除可言，至於監所人員何時轉送法院收文，在所不問；而後者，其上訴期間之計算，則以書狀到達法院之日，為提出於法院之日，如被告之住所或居所不在法院所在地，計算該期間，自應扣除其在途之期間。又被告之住所、居所雖均在法院所在地，倘該監所不在法院所在地者，亦得扣除在途期間[88]，故監所不在法院所在地之被告，未提上訴時，應以上訴期間加計應扣除之在途期間屆滿時，與檢察官上訴期間屆滿日之相比較遲者，為判決確定日。

（二）捨棄上訴：

合法捨棄上訴權之日即喪失上訴權（刑訴第359條），以該日為比較日[89]。

（三）撤回上訴：

撤回上訴者，喪失其上訴權（刑訴第359條），故以撤回上訴之日為比較日，亦即僅被告提起上訴，檢察官或自訴人未於上訴期間內提起上訴，嗣於上訴期間屆滿後第二審判決前撤回上訴，第一審判決以撤回上訴日為判決確定之日[90]。

（四）上訴不合法：

不合法之上訴固不足以阻止判決之確定，但判決係於上訴期間屆滿時確定或經上級審法院判決駁回上訴確定時確定？應分別上訴不合法的情形而定：在逾期上訴之不合法情形，自不能因當事人有不合法之上訴而延展其判決確定時期，應認為判決逾上訴期間屆滿時確定[91]；若係經上級審法院認為上訴不合程式之不合法（第二審法院認為上訴未敘述具體理由之不合程式而駁回上訴，或經第三審法院以其上訴意旨未依卷內資料具體指摘原判決究有何違背法令，難認係適法之第三審上訴理由），則分別以第二審法院駁回上訴判決確定之日或第三審法院判決駁回之日為確定日[92]。

三、小結

歸納上開刑事程序見解，在途期間在刑事訴訟的定性，亦偏屬法定期間的延展，故在被告未上訴時，仍應考量在途期間之扣除要件是否具備而在上訴期間聯接計算以為比較日，其要件具備與否之標準亦應以法定期間開始進行時之狀況為準。

伍 結論

不論是在民刑事訴訟程序，在途期間的定性均早已從原先的意思表示到達法院的期程時間之扣除，轉變為當事人法定期間的實質延長，所以在要件的解釋及判斷時點，均應以法定期間的實質延長為觀點予以延續，判決確定時點的認定相對穩定。因此，即使從當事人付郵郵戳可看出是在法定期間後才郵遞，只要在加計在途期間的期程內到達法院，其所為訴訟行為應不認為已逾期[93]，但由此可見在途期間的長度酌定失之過寬，歷經30餘年[94]，「法院訴訟當事人在途期間標準」，以當事人居住在國外者，除在地區名稱增加細分外，37日、44日、72日的3種標準未變；國內地區，則除了新增法院、當事人住居地及審判法院管轄變更外（如當事人住居臺東縣之第二審而臺灣等法院花蓮分院臺東臨時庭審判），在途期間的標準亦可謂並未變動縮短[95]，顯然與這些年來的交通發展情形不合，在途期間又定性為法定期間的實質延長，更使得原先制度設計所要達到的公平性，反而變成不公平，值得檢討。至於民刑訴訟因為當事人收受送達的權限不同，造成在途期間的扣除要件有所不同，亦無相互參照比附，自屬當然。

（作者為高雄地方法院庭長）

註釋

23年上字第4253號、27年上字第2036號刑事判例。林國賢、李春福合著，註13書，頁217。

75. 82年台上字第4437號刑事判決即指摘原審未向被告已陳明以其選任辯護人為送達代收人為送達而逕為公示送達之違背法令情形。
76. 104年度台聲字第37號刑事裁定。
77. 在刑事訴訟程序指定的送達代收人，其效力僅及於同地之各級刑事法院，並不及於民事法院。73年度台上字第2436號民事判決。
78. 最高法院102年度第8次刑事庭會議決議及103年2月18日103年度第3次刑事庭會議決議修正文，指出辯護人之代理上訴權係依附於被告之上訴權之內，辯護人為被告利益上訴，其上訴期間之起算，應以被告收受判決之日為標準。
79. 法務部（89）法檢字第004131號函示研究意見，再議期間計算以告訴人收受處分書而非以告訴代理人為準。
80. 林國賢、李春福合著，註13書，頁216。
81. 陳樸生，註12書，頁173。
82. 陳樸生，註12書，頁173。80年度台上字第3423號刑事判決。
83. 102年度台上字第170號刑事判決。
84. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）—總論編，2013年9月第七版，頁646。
85. 前司法行政部（46）台令刑字第2236號函內容「所稱某甲事實上既未向原檢察官提出書狀，應無扣除在途期間之可言」。司法院81年6月1日第二廳研究意見同意研討結論，並認為當事人既未提起抗告，即無計算在途期間之問題（刑事法律專題研究（五）頁293-295）。
86. 99年度台非字第197號刑事判決。
87. 法務部法檢字第1000803030號函示研究意見。
88. 104年度台上字第1051號刑事判決，但104年度台上字第1304號刑事判決則直接以監所不在法院所在地者，得扣除在途期間，並未考量被告住居所何在。
89. 法務部96年11月9日法檢字第0960804029號函示研究意見認為協商判決在上訴權喪失時（例如撤回、捨棄上訴）為確定日。臺高院95年法律座談會刑事類提案第43號就第一審科刑之協商判決，有得上訴之情形，但捨棄上訴權者，審查意見及研討結果所採丙說認為判決應以上訴權人上訴期間最後屆滿時確定。
90. 87年度台上字第1150號刑事判決。最高法院84年度第9次刑事庭會議決議採甲說，不採撤回上訴視同未上訴而應溯及第一審判決上訴期間屆滿日為確定日之見解。
91. 朱石炎，刑事訴訟法論，2007年9月，頁256註11。83年度台非字第113號刑事判決。
92. 臺高院102年法律座談會刑事類提案第33號審查意見及研討結果。
93. 惟吳明軒，註4書，頁451認為此種情形應認上訴已逾期間。
94. 以69年10月28日與104年1月19日發布「法院訴訟當事人在途期間標準」比較，增加南極洲及區分南北美洲、更名大洋洲外，實質標準並未變更。
95. 以73年7月10日與104年1月19日發布「法院訴訟當事人在途期間標準」相互比較。