

《非訟事件法與民事訴訟法》

- 一、滿七歲以上之未成年人被收養而無法定代理人時，聲請認可收養，可否由收養人一方為聲請人？法院為認可收養之裁定後，發現收養有無效或得撤銷之原因時，可否依職權將該裁定撤銷或變更？又被收養人經法院裁定認可者，究於該裁定確定時收養關係始成立生效，抑或溯及於收養契約訂立時發生收養之效力？試附理由分別論述之。（25 分）

命題意旨	非訟事件之本質、非訟裁定之特色。
答題關鍵	需熟悉收養相關法規，包含民法、非訟事件法及特別法如兒童福利法；對於非訟裁定之基本概念需加以融會貫通。
擬答鑑示	參考：施律師著「公證法與非訟事件法」。

【擬答】

- (一)按收養子女，應以書面為之。但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限。未滿七歲之未成年人被收養時，由法定代理人代為意思表示並代受意思表示。但無法定代理人時，不在此限。滿七歲以上之未成年人被收養時，應得法定代理人之同意。但無法定代理人時，不在此限，民法第一千零七十九條第一至三項定有明文。又按民法第一千零七十九條第四項所定聲請認可收養子女，以收養人及被收養人為聲請人。但被收養人未滿七歲，而無法定代理人者，僅以收養為聲請人。非訟事件法第七十五條之一第一項亦定有明文。是收養案件應以收養人與被收養人為聲請人，除非被收養人未滿七歲而無法定代理人，因此，滿七歲以上未成年人未結婚，又無法定代理人者，不得僅由收養人一方為聲請人，被收養人仍應一同為聲請人。
- (二)按法院為裁定後，認為其裁定不當時，得撤銷或變更之。依聲請而為裁定者，其駁回聲請之裁定，非因聲請，不得撤銷或變更之。第一項之裁定，以不得抗告者為限，非訟事件法第二十三條定有明文。是依前揭條文需不得抗告之裁定，始得以其裁定不當由法院依職權撤銷或變更之，而收養裁定非不許抗告，如有得撤銷或無效事由，似無法院依職權變更之理，而應向法院提起撤銷收養或收養無效之訴。惟收養之法律關係需得法院為認可收養之裁定，係以國家司法機關之公權力，介入當事人之私法行為，目的在保護被收養人及其本生父母或其他利害關係人之利益，維護人倫秩序，增進社會福祉，是收養案件公益性濃厚，有繼續性，希望法院能依具體個案作成展望性、形成性之裁定，需要法院有廣泛裁量權介入，因此適用非訟事件法，而非民事訴訟法，從而，筆者認為貫徹非訟事件職權法理，讓具體個案有最妥適之處理，應認為非訟裁定後如有不當，甚至違法之情事，不論是否抗告，均有非訟事件法二十三條之適用，法院得依職權加以變更撤銷。
- (三)依兒童福利法第二十八條規定：「收養兒童經法院認可者，收養關係溯及於收養書面契約成立時發生效力。無書面契約者，以向法院聲請時為收養關係成立之時。有試行收養之情形者，收養關係溯及於開始共同生活時發生效力。」是為保護兒童之權益，依前揭法條特別規定，未滿十二歲之兒童之收養關係溯及收養書面成立時發生效力，無書面契約者以向法院聲請時為收養關係成立之時。惟十二歲以上之人被收養，則法無明文規定，是一說以法院裁定確定之日發生效力，此為戶政機關之見解。惟筆者認為非訟事件並無規定裁定需確定方生效力，而依民事訴訟法第六百零五條第一項（禁治產案件本為非訟案件）之規定、第八十九條第四項反面規定，並參考德國非訟事件法十六條、日本非訟事件法第十八條之規定，認為非訟裁定對外宣示或送達後發生效力。因此，筆者認為被收養人為十二歲以上之人之收養案件，以裁定對外宣示或送達為生效之時。

- 二、A男B女原為夫妻，生有一子C（民國八十一年三月出生），於八十八年十月離婚，協議由B女對於C子行使或負擔權利義務，嗣A男以B女未盡保護教養C子之義務，為C子之利益，於九十年六月間依非訟事件法，請求法院改定由A男對於C子行使或負擔權利義務，試回答下列各項問題：

- (一)法院就上開改定事件為裁定前，依聲請命為必要之保全處分者，於法院對此改定事件為裁定後，該保全處分是否仍有效力？（9 分）
- (二)C子於此改定事件無「非訟能力」？（8 分）
- (三)法院如改定由A男對於C子行使或負擔權利義務時，可否依職權酌定B女與C子會面交往之方式與期間？（8 分）

命題意旨	民法第一千零五十五條相關問題。
答題關鍵	熟悉法條即可。
擬答鑑示	參考：施律師著「公證法與非訟事件法」。



【擬答】

- (一)對於未成年子女權利義務行使，如有急迫情勢不立即定暫時狀態，將使子女安全或教養受到影響，故法院得依聲請或依職權命為必要之假處分，以保護未成年子女之權益。惟此假處分是為恐在裁定確定前不為必要處分，難以維護子女權益，是裁定生效時，假處分即無必要，應自動失效。
- (二)依非訟事件法第七十一條之二規定「子女為滿七歲以上之未成年人者，於七十一之一第一項事件，有非訟能力」。又依同法七十一條之七之規定「子女為滿七歲以上之未成年人者，法院就前條事件為裁定前，應聽取其意見」。其立法理由為未滿二十歲之未成年人，其辨別事理之能力因年齡長幼而有極大之差異，故七歲以下之未成年人客觀上即難期待其為適當之陳述，爰參酌民事訴訟法第五百八十四條、第五百九十六條第二項之親子事件，此等身分關係特重當事人真意，特別規定滿七歲之未成年人即有非訟能力。
- (三)按法院依民法第一千零五十五條之規定，為酌定、改定或變更時，得命交付子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項。前項扶養費之給付，法院得依聲請或依職權，命為一次給付或分期給付。分期給付遲誤一期履行者，其後之期間視為亦已到期。第一項裁定得為執行名義，非訟事件法第七十一條之六定有明文。法院依民法第一千零五十五條之規定為裁定時，應以未成年子女之利益為依歸。此裁定因子女之實際需要及父母之負擔能力而異，其內容富多樣性。並規定法院得為其他相當之處分，以免遺漏。是法院當然可以依職權酌定B女與C子會面交往時間。

三、甲公司之司機乙，某日駕駛甲公司之汽車，因過失撞死路人丙，被害人丙之妻丁乃以甲公司為被告，訴請甲公司賠償損害，司機乙為輔助甲公司「參加訴訟」，試解答下列各點：

- (一)法院可否依民事訴訟法第一百八十三條規定，裁定在乙之業務過失致人於死刑事訴訟（經檢察官提起公訴後，在地方法院審理中）終結前，停止本件民事訴訟程序？
- (二)甲公司受敗訴之判決確定者，甲公司與參加人乙之間，在訴訟法上發生何種效力？其與民事訴訟法第四百條第一項所定之既判力，有何不同？（15分）

命題意旨	
答題關鍵	以實務見解（最高法院七十八年度第一次民事庭會議決議）作答，並將參加效力與既判力之不同，分項列點比較。
擬答鑑示	參考：高點民事訴訟法講義。

【擬答】

- (一)按訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者，法院得在刑事訴訟終結前，以裁定停止訴訟程序，民事訴訟法第一百八十三條定有明文。而依最高法院十九年抗字第五六號判例及最高法院七十八年度第一次民事庭會議決議意旨略以：民事訴訟法第一百八十三條所謂訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判，係指在民事訴訟繫屬中，當事人或第三人涉有犯罪嫌疑，足以影響民事訴訟之裁判，非俟刑事訴訟解決，其民事訴訟即無從或甚難判斷者而言，此項犯罪嫌疑，如當事人或第三人於民事訴訟涉有偽造文書、證人偽證、鑑定人為不實之鑑定等罪嫌均屬之。據此，本題中丁對乙提出刑事告訴，另對甲提出民事訴訟，丁對甲之訴乃獨立之民事訴訟，既無非俟刑事訴訟解決，民事訴訟即無從或甚難判斷之情形，民事法院當可自行調查審查，不受刑事法院認定事實之拘束，即無在刑事訴訟程序終結前，停止訴訟程序之必要，民事法院依民事訴訟法第一百八十三條規定裁定在刑事訴訟終結前停止民事訴訟程序，自有未洽。
- (二)就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人為輔助一造起見，於訴訟繫屬中參與訴訟，是為輔助參加。而被參加人敗訴之後，參加人對於其輔助參加之當事人不得主張本訴訟裁判不當，稱為參加效力。與既判力有下列不同：
- 1.法理：參加效力係依據責任分擔公平原則；既判力之法理之根據一事不再理原則。
 - 2.發生情形：參加效力只發生於被輔助人敗訴之情形。既判力不分當事人勝敗，均會發生。
 - 3.主觀範圍：參加效力發生在參加人與被參加人間。既判力發生在當事人間及訴訟繫屬後為當事人之繼承人。
 - 4.客觀範圍：參加效力不限於訴訟標的，包括判決中理由之判斷。而既判力僅發生於訴訟標的，即判決中主文之判斷。
 - 5.排除：參加效力可以排除，如因參加訴訟之程度不能攻擊防禦方法，或因所輔助之當事人之行為，不能用攻防方法，或因其輔助之當事人之故意或重大過失，不用參加人所不知攻防方法。既判力則無排除之規定。
 - 6.法官是否需依職權問：參加效力為抗辯事項，需當事人提出，法院方需加以斟酌。既判力為職權調查事項，不需當事人提出，法院需依職權問。

四、原告張三主張被告李四向伊借款一百五十萬元，簽發九十年二月二十日同金額支票一張作為清償方法，屆期提示付款，支票未獲兌現，行使票據法上之追索權，訴請李四給付票款一百五十萬元，審判長可否曉諭張三敘明是否依消費借貸關係請求返還借款？張三如未因此主張本於消費借貸關係請求返還，亦未就此為訴之變更、追加者，該判決之既判力是否及於借款返還請求權？設李四主張張三向伊購買權器一部價金二百萬元，逾期末為清償，故拒絕償還前述票款、借款，審判長可否曉諭李四敘明就該買賣價金究係行使抵銷權抑或提起反訴？試均附理由各別說明之。



命題意旨	
答題關鍵	對闡明權及民事訴訟法第一百九十九條之一需詳加解釋。以及對新舊訴訟標的理論均應說明。
擬答鑑示	參考：高點民事訴訟法講義。

【擬答】

- (一)依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之，民事訴訟法第一百九十九條之一前項定有明文。是原告主張之事實，得同時主張消費借貸及票據之法律關係，而原告僅主張票據法上之法律關係，依首揭法條，法院應行使闡明權，曉諭原告張三是否要主張一併主張消費借貸之法律關係抑或變更為消費借貸之法律關係。
- (二)訴訟標的理論，向來有舊訴訟標的理論、新訴訟標的理論之分，依前者，訴訟標的之單複數，應以實體法上權利之單複異同作為判斷標準，是消費借貸之法律關係與票據法上之關係依舊訴訟標的理論，為不同之訴訟標的，是本案判決既判力不及消費借貸之法律關係，惟經審判長曉諭是否追加、變更消費借貸之法律關係後，如原告不主張，則可能發生失權效，嗣後不得再起訴主張。後者，從訴訟之觀點出發，不以實體法上請求權之單複數為判斷，係以訴之聲明中原告受給付之地位為基準，是以依新訴訟標的理論，則本題中張三之受給權只有一百萬元，縱使依票據權利起訴，既判力亦及於消費借貸之法律關係。
- (三)被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之，同法第一百九十九條之一後項定有明文。是被告抗辯之事項究竟是反訴亦或抵銷，亦不明確時，依法自應闡明之。

