

《非訟事件法與民事訴訟法》

一、試述非訟程序之特色。(25 分)

命題意旨	本題為典型的「小題大作」題型，命題委員旨在測試考生對整體非訟程序的了解，以及對非訟法理的掌握程度，屬於總論部分的題目。難度適中，主要看考生對非訟程序是否徹底瞭解，以及答案的編排和整理能力。
答題關鍵	要找出非訟程序的特色，考生腦中首先要從非訟與訴訟程序不同之處去理解。訟爭性低和迅速性、公益性的要求是開展答案的出發點。本題可以邱老師的學說為答題架構，應有不錯的分數。另外，申論題一定要舉例，會有加分效果。
參考資料	1.葛義才，非訟事件法 2.邱聯恭，程序保障之機能－基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點，台大法學論叢第十七卷第一期 3.施律師，公證法與非訟事件法，九一年十一月三版

【擬答】

民事事件種類態樣極多，實定法上亦設有多種不同程序以資解決，如：民事訴訟程序、強制執行程序、仲裁程序、破產程序、公證程序、非訟程序等。基於「事件類型審理必要論」之要求，各種程序各有不同的本質特色及程序法理，先與說明。

(一)非訟程序之涵義

狹義的訴訟程序，係指非訟事件法所明定的各種程序，如：登記事件、繼承事件、海商事件等，一般所稱之「古典非訟事件」屬之。廣義的非訟程序，係指除了非訟事件法所定的各種程序外，尚包括規定在其他法律中的「非訟化」程序，如：民事訴訟法中的督促程序、宣告禁治產程序，以及強制執行程序等。本題所指之非訟程序應屬於後者。

非訟程序與訴訟程序的區別，約有目的說、客體說、手段說、法規規定說、民事行政說等見解，通說採民事行政說，惟亦有學說見解認為，非訟與訴訟程序係本質上之不同，應採「本質論」為宜。

(二)非訟程序之特色

1.本質上的特色

- (1)訟爭性低，缺乏當事人對立之紛爭：例如法人登記、宣告死亡事件。
- (2)需要法官有廣泛的裁量權：例如定親屬會議成員、裁判分割共有物之訴等。再者，非訟裁定之自縛性亦較低(非訟第二十三條參照)
- (3)公益性濃厚：例如收養、定子女監護權事件。
- (4)簡易化、迅速化：例如本票裁定、拍賣抵押物事件、共同海損事件。
- (5)具有繼續性，且需要法官依個案為展望性裁判：例如定子女監護及探視子女事件。
- (6)著重隱密性：例如定子女監護、假扣押事件。
- (7)具有形成處分性質：例如選定遺囑監護人事件
- (8)採實質當事人理論：非訟事件因未採公開審理主義及完全的辯論主義，無法如同訴訟程序一般，讓相關當事人於程序中獲得具體呈現(如:訴訟參加)，故容許「關係人」，即實質當事人利用非訟程序保障其當事者權。如：因非訟裁定而權利受侵害者得為抗告(非訟第二十四條第一項)、利害關係人得釋明原因請求閱覽附屬文件(非訟第四十六條第一項)。

2.法理上之特色

非訟程序所採行者為「非訟法理」，不同於訴訟程序所採之訴訟法理。其特色如下：

- (1)處分權主義之限制與緩和
- (2)辯論主義之限制與緩和
- (3)不公開主義

- (4)非兩造對立主義
- (5)間接審理主義
- (6)自由證明主義
- (7)簡易主義
- (8)書面審理與言詞審理主義並用

二、N 以遺囑捐助成立財團法人 S，董事 V 向法院辦妥財團法人 S 之設立登記後，法院依法公告。N 之繼承人 E 有一債權人 G 向法院請求閱覽 N 之遺囑。試問：

- (一)何法院有管轄權？請附詳細理由。(7 分)
- (二)本案何人為關係人？理由何在？(6 分)
- (三)法院應如何處理？(6 分)
- (四)G 之請求遭拒絕時，關係人得為如何之法律救濟？(6 分)

命題意旨	本題在於測試考生對於法條的熟悉度，以及實務上非訟事件的運作流程及方式。關係人及閱覽卷宗等考點對考生或有突襲之感，但在實務上卻是極重要的問題民訴程度好的考生應該較能掌握本題的諸項考點。
答題關鍵	無須長篇大論，直接從法條破題即可。但注意法條之間的運轉及民事訴訟法的準用。如能熟記條文，最好默出，畢竟條文不多，命題委員對此或許有所期待。
參考資料	1.葛義才，非訟事件法 2.邱聯恭，程序保障之機能－基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點，台大法學論叢第十七卷第一期 3.施律師，公證法與非訟事件法，九一年十一月三版 4.民事訴訟法厚本講義第一回

【擬答】

(一)財團法人 S 之事務所所在地法院有管轄權：

- 1.按本件財團法人 S 雖以遺囑捐助成立，然並未涉及拋棄繼承、限定繼承或遺產管理等諸問題，不屬於非訟事件法(下同)第二章第六節所稱之「繼承事件」；而係單純聲請法人設立登記事件，應適用第二章第一節「登記事件」之相關規定，合先說明。
- 2.其次，「法人登記之主管機關，依民法總則施行法第十條之規定。」，第三十一條定有明文。而依民法總則施行法第十條第一項，依民法總則規定法人之登記，其主管機關為該法人事務所所在地之法院。
- 3.準此，財團法人 S 設立後，應視其事務所所在地為何，定其管轄法院。

(二)本案關係人為 G、V、E，理由如下：

- 1.按非訟程序係採「實質當事人」概念，非屬形式當事人之關係人亦得為程序主體，以確保其當事者權。而關係人之認定，係以法律上有利害關係者為限，事實上之利害關係不屬之，並應從事件性質個別判斷之。
- 2.準此，G 為繼承人 E 之債權人，E 所繼承之遺產為其債權之擔保。今被繼承人 N 將遺產以遺囑方式捐助成立財團法人，對該遺囑之真正或有效與否之認定，以及 S 法人據此設立登記是否合法，具有法律上之利害關係。V 為 S 之董事，於該登繼承序中應為代表人，對於 S 財團法人亦有法律上之利害關係。E 為 N 之繼承人，N 以遺囑捐助設立財團法人 S，恐侵害其特留分，亦具有法律上之利害關係。

(三)法院應為如下之處理：

- 1.承前述，本件既為法人登記事件，依第四十六條規定，「法人及夫妻財產制契約登記簿，任何人得向登記處請求閱覽，並得繳納費用，請求交付謄本；其附屬文件，利害關係人得釋明原因，請求閱覽。前項釋明原因，登記處認為不當者，得拒絕其閱覽。」G 既為本案之利害關係人，則其不僅得請求閱覽本案法人登記之登記簿，亦可請求閱覽本案卷宗內之「附屬文件」，也就是卷宗內 N 之遺囑。
- 2.再者，依第三十條規定：「民事訴訟法第二百四十一條至第二百四十三條之規定，於非訟事件準用之。」從而，依民事訴訟法第二百四十二條第二項，第三人經當事人同意或釋明有法律上之利害關係，而為前項之聲請者，應經法院裁定許可。
- 3.準此，因 G 為 N 之繼承人之債權人，於本案有法律上之利害關係。法院應以裁定許可其閱覽 N 之遺囑。

(四)關係人得提起抗告救濟之：

- 1.關於非訟事件的裁定，若因裁定而權利受侵害者，得為抗告。對於駁回聲請之裁定，聲請人亦得為抗告，第二十四條定有明文。
- 2.然依第三十條準用民事訴訟法第二百四十二條之結果，對於係爭裁定似不得提起抗告(民事訴訟法第二百四十二條第五項反面解釋)。惟，非訟程序係採實質當事人概念且具公益性質，非訟事件法第二十四條又為總則章之規定，應一體適用於各類非訟事件；且參酌民事訴訟法第四百八十二條本文意旨，對於裁定得為抗告係屬原則，更不應限制當事人之當事者權及憲法十六條所賦予之程序權之保障。
- 3.準此，G 之請求遭裁定駁回時，除聲請人 G 得為抗告外，其他關係人，如 N 之其他債權人，倘認為其權利因該駁回閱覽聲請之裁定而受侵害時，亦得提起抗告救濟之。此時抗告程序則回歸民事訴訟法之相關規定處理(第二十八條參照)。

三、甲乙訂立貨品買賣契約，甲因乙拒絕支付價金而訴請給付，經法院以乙有先為給付價金義務為由，而判決甲勝訴確定，嗣乙以該確定判決，既未免除甲之對待給付，即應負交付貨品之義務，即定相當期限催告交貨竟遭拒絕，乙認為甲應負給付遲延責任，且其已通知甲解除系爭貨品買賣契約，甲自應依民法第二百五十九條之規定，負回復原狀之義務，乃再訴請確認甲對伊之系爭貨品價金債權不存在，法院應為如何之判決？(25 分)

命題意旨	本題主在測試考生確定判決之效力範圍。
參考資料	高點律師司法官考試用書民事訴訟法 p11-45~p11-50

【擬答】

- (一)依案例事實觀之，甲乙間訂有一貨品買賣契約，甲乙雙方互負履行義務，今乙拒絕支付價金，甲乃訴請乙為買賣價金之給付，經法院勝訴判決確定，然該判決並未免除甲之對待給付義務，由此可知，被告乙就原告請求履行因雙務契約所負之債務，在裁判上援用民法第二百六十四條之同時履行抗辯權，此時，依通說及向來之實務見解認為，原告如不能證明自己已為對待給付或已提出對待給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，此項互負債務同時履行之判決，彼此有牽連關係，須於主文項下一併宣示之，不能遽將原告之訴駁回，亦不得單獨命被告為無條件給付之宣示。此種『對待給付判決』係就原告之請求附有條件而為判決，該「對待給付」部分僅屬於攻擊防禦方法，並不發生既判力；且依強制執行法第四條第三項規定，亦將該對待給付定位為「強制執行開始之條件」，而非執行名義之內容是以亦無執行力。然此係指法院所附加之「對待給付部份」而言，就原告所聲明之主文，該給付判決於判決確定時仍具有既判力及執行力，因此『甲對乙之價金債權存在與否』其法律關係應已因前訴之判決確定，而發生既判力，依九十二年新修正之民事訴訟法第四百條規定觀之：「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」亦即為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，此即民事訴訟制度為達終局地強制解決民事紛爭之目的所賦予確定終局判決之效力，通稱為判決之實質上確定力或既判力。其積極作用在於避免先後矛盾之判斷，消極作用則在於禁止重行起訴。
- (二)是以本案中，將『甲對乙所提之給付之訴』與『乙對甲所提之消極確認之訴』加以比較，前後訴之原被告地位相反、訴訟標的相同(均為甲對乙之價金債權)、前訴之給付聲明得代用後訴之確認聲明，由此可知兩者實質上為同一訴，不論係以新訴或反訴提起，後訴應以違反民事訴訟法第四百條規定，而以同法第二百四十九條第一項第七款駁回之。然而既判力所判斷之權利義務法律關係，雖構成當事人日後法律關係之基準，且當事人間不得再行爭執，惟該具有基準性及不可爭性之權利義務法律關係，僅係法院於判斷當事人間『某一時間點前』之法律關係而為之結果，亦即既判力僅對於某一時間點上之權利義務狀態生拘束力而已，法院判決係以當事人可以提出攻擊防禦方法之事實審言詞辯論終結時做為認定權利義務法律關係存否之界線，當事人就基準時點之前已存在之防禦方法，已被賦予充分之提出機會，若不善加利用此提出機會者，自應負一定之『自己責任』，以後便喪失以此再為理由提起後訴權利，此即學說上所稱之既判力之遮斷效。然而事實審言詞辯論終結後方生之事實，其當事人權利義務關係之變遷前訴法院無法加以判斷認定，無法在前訴之確定判決中反應，此時新生之事實自不被前訴之既判力所遮斷，是以縱使當事人提起之後訴與前

訴有違反舊同一事件說之情形，惟因有新生之事實加入，後訴之提起自不受禁止反覆之限制。

- (三)如上所述，甲雖對乙有一勝訴確定判決存在，惟乙嗣後定相當期限催告甲交付貨物並遭拒絕，乙乃通知甲解除契約並主張回復原狀，此時應認前訴確定判決之既判力，已因當事人間對該法律關係有進一步之行爲，導致法院當初所判斷之權利義務法律關係的基礎條件已有所變動，法院之前所作之判決既判力，自無法拘束後訴之提起，故本案中，乙再對甲提起之確認價金債權不存在之訴，應屬合法。

四、甲向乙借款二百萬元未予清償，另甲將其所有房屋出售予丙，惟甲怠於收取買賣價金二百萬元，乙爰本於代位權行使甲對丙之權利，訴請丙給付，試問：

(一)乙如何表明訴之聲明？法院應否將訴訟事件通知甲？(10 分)

(二)甲得否另行對丙起訴？(15 分)

命題意旨	本題主在測試考生代位權之法律關係，以及九十二年新增訂之法院職權通知之規定。
參考資料	高點《民事訴訟法》p2-29~p2-50

【擬答】

- (一)1.依案例觀之，乙爲甲之債權人，惟債務人甲怠於行使對丙之價金請求權，此時依民法第二百四十二條規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」因此乙爲保全其對甲之債權實現，例外使其得代位甲對其債務人丙提起訴訟而成為形式當事人，然而實體法上之權利義務歸屬者仍爲甲，且債務人之財產爲總債權人之共同擔保故債權人代位債務人起訴，求爲財產上之給付，其訴求所得應直接屬於債務人，即代位起訴之債權人不得以之僅供清償一己之債權，債權人雖亦有代受領第三債務人清償之權限，但係指應向債務人給付而由債權人代位受領而言，非指債權人直接請求第三債務人對自己清償而言，故債權人代位債務人起訴請求給付者，須聲明被告（第三債務人）應向債務人爲給付之旨，並就代位受領爲適當之表明，始與代位權行使效果之法理相符。是以乙之聲明應爲『丙應給付二百萬與甲，由乙代爲受領』。
2. 如上所述可知在乙代位提起之訴訟中，實體法上之權利義務歸屬者應爲債務人甲，即甲乃居於實質當事人之地位，此時依民法第四百零一條第二項規定：「對於爲他人而爲原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力」，由此可知，判決之效力會及於實質當事人，此判決效力之擴張係爲維持確定裁判之安定性，並貫徹一次訴訟解決紛爭之原則，然而仍應顧及實質當事人之程序保障不得偏廢，爲此民事訴訟法於九十二年修法時新增第六十七條之一法院職權通知之規定「訴訟之結果，於第三人有法律上利害關係者，法院得於第一審或第二審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知該第三人。」是以以此規定觀之，實質當事人甲既爲判決效力所及就該訴訟自具有法律上之利害關係，法院即應將該訴訟事件通知甲，使其能知悉訴訟而有及時參與訴訟之機會。
- (二)1.甲得否另行對丙起訴，應做如下之分析，依照民事訴訟法第二百五十三條之規定，當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。此爲訴訟中一事不再理的規定，若前後兩訴爲同一事件者，後訴繫屬法院應以起訴不合法裁定駁回之。然而是否爲同一事件，依學界通說及實務見解認爲，應就訴之三要素予以判斷，即判斷兩訴中訴訟標的、當事人與訴之聲明是否皆爲相同。
- (1)訴之聲明是否相同：前訴聲明爲請求丙給付二百萬與甲，後訴聲明亦爲請求丙給付二百萬與甲，故兩訴之聲明相同。
- (2)當事人是否同一：有學者認爲兩訴之形式當事人不同，故非同一事件，應不違反重複起訴之禁止；然而學界之通說認爲當事人是否完全相同，並非全以形式爲準，若實質上當事人相同者亦仍爲同一事件。吾意認爲以後說爲宜，是以本例中前後訴之當事人相同。
- (3)訴訟標的是否相同：此涉及前訴之訴訟標的應如何認定，關於此學說上有不同之見解，有認爲代位訴訟的訴訟標的爲債權人的代位權，因此代位訴訟的標的爲代位權者，與後訴的訴訟標的並不相同，兩者非同一事件；然學界之通說及實務見解認爲，前訴(代位訴訟)的訴訟標的爲債務人對於第三人的權利，至於代位權僅爲判斷債權人是否具備當事人適格的標準，因此與後訴的訴訟標的完全相同。
- 2.綜上所述，依學界之通說及實務見解，於代位訴訟之情形中，如實質當事人另行起訴此時前後訴應屬同一事件，即仍有民事訴訟法第二百五十三條之重複起訴禁止原則之適用，因此甲應不得於訴訟繫屬中另行對丙起訴。

民間公證人

《非訟事件法與民事訴訟法》

一、甲（住台北市）持有乙（住台中市）簽發之本票一紙，票面上並約定在第三人丙住家（住高雄市）付款，屆期提示不獲付款，甲擬向法院聲請裁定強制執行，試問：（25 分）

（一）甲應向何法院聲請？

（二）如受理法院裁定命乙應給付甲該票款，惟命甲負擔聲請程序費用，甲僅對費用部分提起抗告，法院應如何加以裁判？

命題意旨	考驗對非訟事件法法條之記誦能力。
答題關鍵	依非訟事件法第一百條、第十一條作答，即可獲取高分。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 2~9，高點出版。 2.蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 1-74，高點出版。 3.施律師《公證法與非訟事件法》，頁五之 12~16。

【擬答】

- （一）非訟事件法第一百條規定：「票據法第一百二十三條所定執票人就本票聲請法院裁定強制執行事件，由票據付款地之法院管轄。」，是以甲持有之本票，約定在第三人丙住家（高雄市）付款，則付款地為高雄市，是甲欲聲請本票裁定強制執行，自應向高雄地方法院聲請。
- （二）「非訟事件程序費用，除法律另有規定外，由聲請人負擔。但檢察官為聲請時，由國庫負擔。前項費用之負擔有相對人者，準用民事訴訟法有關訴訟費用之規定。」，「對於費用之裁定，不得獨立聲明不服。」非訟事件法第八條、第十一條分別定有明文。本件甲聲請法院裁定本票准於強制執行，如法院准許甲之聲請，應命乙負擔程序費用，而法院疏誤之情形，依第十一條規定對於費用之裁定不得獨立聲明不服，是以縱算錯誤，如當事人未對裁定抗告，僅對費用部分仍不得提出抗告。

二、甲、乙為夫妻，均為英國人，利用暑假期間，前來台中市教英文，認識 A 女（已成年未婚，住所地南投），擬收養 A 女所生五歲之 B 男（生父不詳）為養子，經請教律師，告以需依法聲請認可收養，試問：該認可收養應由何法院管轄？又聲請時就當事人部分應如何加以表示？（25 分）

命題意旨	試驗考生對收養制度之程序及實體問題了解程度。
答題關鍵	掌握最高法院七十七年第四次民事庭決議意旨，即可獲取高分。
參考資料	1.蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 7-30~33，高點出版。 2.蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 9-15~16，高點出版。 3.施律師《公證法與非訟事件法》，頁 5~81~90，高點出版。

【擬答】

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。前項聲請認可收養子女事件，由收養人住所地之法院管轄。」，「非訟事件之管轄，法院依住所而定者，在中華民國無住所或住所不明時，以在中華民國之居所，視為住所；無居所或居所不明者，以其在中華民國最後之住所視為住所。被告住所地之法院，不能行使職權者，由其居所地之法院管轄。無最後住所者，以財產所在地或最高法院所指定之法院為管轄法院。」非訟事件法第七十五條之一及第二條分別定有明文。是以收養人之住所地法院為管轄法院，惟本件收養人甲、乙均為外國人，依非訟事件法第二條規定，如在中華民國無住所、居所、甚至無最後住所時，應聲請最高法院指定之法院為管轄法院，而最高法院七十七年第四次民事庭會議即同此見解。且應以收養人與被收養人得共同聲請，被收養人為聲請人時，如尚未滿七歲者，應由其法定代理人代理。如為已滿七歲之未成年人而未結婚者，應得其法定代理人同意。但未滿七歲而無法定代理人者不在此限。是本件當事人應列共同收養人甲、乙，被收養人 B 法定代理人 A。



三、甲向法院起訴請求乙清償債務，因乙應為送達之處所不明，經甲聲請法院准為公示送達，法院定九十一年七月三十一日開第一次言詞辯論庭，該期日通知書除黏貼法院牌示處外，並於九十一年七月一日登載報紙，言詞辯論時，乙未到庭，甲聲請由其一造辯論，試問：法院得否為一造辯論判決？又如乙於九十一年七月二十五日前往法院自行向書記官收領期日通知書，而於言詞辯論時未到庭，其結果是否不同？（25 分）

命題意旨	針對公示送達何時生效以及一造辯論判決相關規定。
答題關鍵	熟知法條相關規定即實務見解，即可獲取高分。
參考資料	1.蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 5-6、3-14~16，高點出版。 2.蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 2-83~84，高點出版。

【擬答】

按「對於當事人之送達，有左列各款情形之一者，受訴法院得依聲請，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。駁回前項聲請之裁定，得為抗告。原告或曾受送達之被告，變更其送達之處所，而不向受訴法院陳明，致有第一項第一款情形者，受訴法院得依職權，命為公示送達。」民事訴訟法第一百四十九條定有明文，是以被告應送達之處所不明，經原告聲請，得准為公示送達。又依同法第一百五十一條規定公示送達，應由法院書記官保管應送達之文書，而於法院之牌示處黏貼公告，曉示應受送達人得隨時向其領取。但應送達者，如係通知書，應將該通知書黏貼於牌示處。此外，法院應命將文書之繕本或節本，登載於公報或新聞紙，或用其他方法通知或公告之。

據此，應認本件具備公示送達應有之程式。再而依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，經二十日始發生效力。是以九十一年七月一日登載報紙，而依民法第一百二十條第二項規定「以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。」是以自七月二日起算，至七月二十一日期間屆滿，而依民事訴訟法第二百五十一條規定：「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。」是仍須計算十日之就審期間，是以九十一年七月三十一日為期限屆滿之日，如當日行言詞辯論即屬於違背就審期間之規定，法院不得一造辯論判決（最高法院六十九年台上第一五二二號判例可供參照）。

又依最高法院二十九上字第一五四五號判例對於不到場當事人所為之傳喚，違背關於就審期間之規定者，該當事人即係未於相當時期受合法之傳喚。是縱算被告乙於九十一年七月二十五日領取通知書，其言詞辯論期日未到庭，然於同年七月三十一日進行言詞辯論仍違背就審期間之規定，依同法第三百八十六條第一款規定仍不得一造辯論判決。

四、甲男乙女均未滿十八歲，經雙方法定代理人同意結婚後，在未滿二十歲前，婚姻關係消滅，則在其未滿二十歲前之民事訴訟程序，是否均有訴訟能力？試就各種消滅情形分別說明之。（25 分）

命題意旨	人事訴訟有關訴訟能力之特別規定。
答題關鍵	須區分離婚、撤銷婚姻、婚姻無效或不成立等情形回答之。
參考資料	蔡律師《民事訴訟法概要》，頁 2-49~50，高點出版。

【擬答】

民事訴訟法第四十五條規定「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。」，是以有實體法上之行為能力者，在民事訴訟程序上即為有訴訟能力之人。甲、乙如是因離婚而婚姻消滅，依民法第十三條第三項規定未成年人已結婚者，有行為能力，並不因離婚而喪失行為能力，在民事訴訟程序上有訴訟能力。而婚姻嗣後遭撤銷，依院字第一二八二號解釋：「未達法定年齡結婚，婚姻未依法撤銷前，有行為能力」得知撤銷前有行為能力，如在婚姻撤銷後，依民法第九百九十八條規定「結婚撤銷之效力，不溯及既往。」亦不影響其行為能力，在民事訴訟程序上亦有訴訟能力。但如是因為婚姻無效或婚姻不成立等確認訴訟而婚姻消滅，則當事人並因有效之婚姻取得行為能力，除甲乙間婚姻無效、成立不成立之訴訟中有訴訟能力外，在其他民事訴訟程序上並無訴訟能力。



《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。

