

國考偵測站 ②

民訴篇

主筆人：王律師

觀察近年來之律師、司法官考試，民事訴訟法一科當中，依實務見解改編之案例不少，因此，爰綜合整理近一年來重要之實務判決、最高法院決議。閱讀時，建議詳加了解案例事實或決議當中之提案，方能了解爭點所在。決議中之甲說、乙說，可供考試當中解題之思考方向，建議閱讀全文，而非僅及於最後之決議內容。民事訴訟法之重要概念、爭點不少，並非本整理所能完全含括，本整理之目的，在於介紹這一年來，實務上之重要案例。向來重要之爭點、見解，仍有反覆熟練之必要。

一、審判權

(一)最高法院 103 年度台上字第 1474 號判決

查訴訟事件是否屬於普通法院之權限，應以原告起訴主張為訴訟標的之法律關係是否私法上之爭執為準，而非以法院調查之結果為斷。上訴人係主張其向基隆港務局承租系爭碼頭，基隆港務局違約額外向其收取系爭管理費，為無法律上之原因受利益，致其受損害，其得依不當得利之法律關係請求基隆港務局返還。所主張為訴訟標的之法律關係自屬私法上之爭執，普通法院對之有審判權。原審見未及此，遽以前揭理由謂本件屬公法上爭訟，普通法院無審判權，移送於台北高等行政法院，自有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

(二)解析

訴訟事件是否屬於普通法院之權限，應以原告起訴主張為訴訟標的之法律關係是否私法上之爭執為準，而非以法院調查之結果為斷。

二、共同共有事件之當事人適格

(一)最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議（一）

民國 98 年 1 月 23 日民法物權編修正（同年 7 月 23 日施行）後，數繼承人繼承被繼承人對第三人債權而共同共有該債權。該共同共有債權人中之一人或數人，得否為全體共同共有債權人之利益，請求債務人對全體共同共有債權人為給付？

甲說：民法物權編修正後，民法第 821 條之規定，依同法第 828 條第 2 項規

【高點法律尋班】
版權所有，重製必究！

定，於共同共有準用之，其適用順序在該條第 3 項應得共同共有人全體同意規定之前。數繼承人繼承被繼承人對第三人之債權而共同共有該債權，依 831 條準用同法第 828 條第 2 項再準用第 821 條但書規定，應得由共同共有人中之一人或數人為全體共同共有人之利益，請求債務人向全體共同共有人為給付，以保存共同共有之財產。

乙說：共同共有人中之一人或數人，除經其他共同共有人全體之同意，或為共同共有人全體之利益為回復共同共有物之請求，得單獨或共同起訴外，倘係基於共同共有法律關係為請求者，仍屬固有之必要共同訴訟，應由共同共有人全體起訴。

決議：採乙說，文字修正如下：共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。

(二)解析

- 1.回復共同共有債權之請求，有民法第 821 條之準用。
- 2.共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，無民法第 821 條之準用，為固有必要共同訴訟。

三、訴訟標的價額之核定

(一)最高法院 104 年度第 8 次民事庭會議決議 (一)

債權人於強制執行程序聲明參與分配，經執行法院作成分配表，債務人或其他債權人訴請確認其債權不存在，合併提起分配表異議之訴，其訴訟標的價額應如何計算？

甲說：按以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。但所主張之數項標的互相競合或應為選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之。民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。當事人以一訴請求確認債權不存在及分配表異議權之訴，二者訴訟標的雖不相同，但其訴訟目的同一，互有競合關係。依首揭規定，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

乙說：以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。但所主張之數項標的互相競合或應為選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之，民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。又分配表異議之訴，其訴訟標的為對分配表之異議權，係請求判決變更原分配表之金額，或撤銷原分配表重

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

新製作分配表，故與請求確認債權不存在之訴之訴訟標的，並不相同。確認之訴部分為請求確認債權不存在；分配表異議之訴部分則為對分配表之異議權，自係以一訴主張數項標的，並為數項請求，依民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項規定，應合併計算其價額。

決議：採甲說，文字修正如下：按以一訴主張數項標的者，其訴訟標的之價額合併計算之；但所主張之數項標的互相競合或應為選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之，民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。原告訴請確認債權不存在，合併提起分配表異議之訴，二者訴訟標的雖不相同，惟自經濟上觀之，其訴訟目的一致，不超出終局標的範圍，依首揭規定，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

(二)解析

1. 確認債權不存在、合併提起分配表異議之訴，二者訴訟標的並不相同。
2. 惟自經濟上觀之，其訴訟目的一致，不超出終局標的範圍，依民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

四、送達

(一)最高法院 103 年度第 3 次民事庭會議

書記官在法院閱卷室會晤應受送達人，將應送達文書交付應受送達人，其拒絕收領而無法律上理由，得否將文書置於該閱卷室，以為送達？

甲說：法院書記官，得於法院內，將文書付與應受送達人，以為送達，民事訴訟法第 126 條定有明文。依同法第 123 三條規定，送達由法院書記官依職權為之，故書記官於法院閱卷室會晤應受送達人時，得將應送達文書付與之。於此場合，法院閱卷室即為同法第 139 條第 1 項規定之送達處所，倘應受送達人拒絕收領而無法律上理由，書記官得將文書置於該閱卷室，以為送達。

乙說：依民事訴訟法第 139 條第 1 項規定之「置於送達處所」，專指同法第 136 條第 1 項本文規定之住居所、事務所或營業所，應不包括同條但書之會晤處所，故法院閱卷室尚非可留置文書之處所。

決議：採甲說。

(二)解析

法院閱卷室即為民事訴訟法第 139 條第 1 項規定之送達處所，倘應受送達人拒絕收領而無法律上理由，書記官得將文書置於該閱卷室，以為送達。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

五、訴之利益

(一)確認之訴

1.最高法院 103 年度台上字第 1923 號判決

按確認法律關係成立或不成立之訴，以確認現在之法律關係為限，如已過去或將來應發生之法律關係，則不得為此訴之標的。確認為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。本件被上訴人工會理、監事依上開 99 年 12 月 9 日第五屆會員代表大會第三次會議作成延任決議延長一年之任期，係自 101 年 3 月 2 日起至 102 年 3 月 1 日屆滿，相關工會幹部職務業已重新改選，並於一〇二年三月十一日第六屆理事會第一次會議時完成交接，此經被上訴人具狀陳明，復有卷附另案台灣高等法院 102 年度上字第 12 號確定判決所載可稽。上訴人請求確認被上訴人前開延任案自第五屆開始適用之系爭決議無效，自係請求確認過去之事實，非法所許。

2.解析

已過去或將來應發生之法律關係、確認為法律關係基礎事實存否之訴，皆不得為確認之訴之標的。

(二)形成之訴

1.最高法院 103 年度台上字第 1725 號判決

按形成之訴，乃基於法律政策之原因，由在法律上具有形成權之人，利用法院之判決，使生法律關係發生變動效果之訴。形成之訴之制度旨在使法律狀態變動之效果，原則上得以在當事人間及對社會一般人產生明確劃一之標準（對世效），以維持社會生活之安定性，故必須原告有法律（實體法或程序法）上所明定之審判上之形成權（如撤銷債務人之詐害行為、撤銷股東會決議、撤銷婚姻等）存在，始得據以提起形成之訴，否則即屬無權利保護之利益。本件被上訴人請求撤銷第 32 號公告對其「記大過乙次」與「免除副理」乙職、第 50 號公告對其「記小過乙次」、第五三號公告對其「記大過乙次」之處分部分，核屬形成之訴，惟此項請求並非法律上所明定被上訴人得在審判上行使之形成權，依上說明，即屬欠缺訴之利益，自非法之所許。原審見未及此，遽就此部分為上訴人不利之判決，自有可議。上訴論旨，指摘決此部分為不當，求予廢棄，非無理由。

2.解析

形成訴權，以法律有明文規定者為限。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

六、舉證責任

(一)消費借貸

1.最高法院 104 年度台上字第 914 號判決

查消費借貸契約屬要物契約，因借用物之交付而生效力。借用人出具之借據（借用證），倘未表明已收到借款，尚不足證明有交付借款之事實，如借用人對之有爭執，貸與人就交付借款之事實，自應負舉證責任。至借據是否表明交付借款之事實，固不排斥依其文義所作「推知」之認定，惟該「足以推知」，須符合經驗法則。系爭借用證記載：「．．．款項確實向貴台借用實正無訛」等內容，似未表明游錦秀已收到系爭借款，被上訴人復稱：伊交付借款予游錦秀及游錦秀交付本票予伊時，均無證人在場；伊無存摺或提款資料可供參考；伊從事皮鞋修理工作，一天實賺四千元等語。乃原審於上訴人始終否認被上訴人曾交付借款之情形下，未命被上訴人舉證證明其資金來源及交付借款之事實，遽謂該借用證之文義，已足推知系爭借款業經交付，爰為上訴人不利之判決，即屬可議。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

2.解析

- (1)借用物之交付，由貸與人負舉證責任。
- (2)借據之提出，非當然可證明借用物之交付。

(二)違約金核減

1.最高法院 104 年度台上字第 530 號判決

被上訴人如依民法第 252 條規定請求核減違約金者，自應就該違約金之約定過高之事實負舉證責任。乃原審就系爭違約金之約定是否過高之事實，未令被上訴人舉證證明，即以上訴人主張所受損害一部分不足採為由，認系爭違約金之約定過高，將之酌減為五百萬元，已屬可議。次查上訴人於原審主張系爭不動產經瑞普國際不動產估價師事務所估價結果，目前之價值僅存四千九百三十九萬元，跌價損失達二千二百六十一萬元，足證系爭不動產自兩造訂約以來價值已下滑甚多等語（見原審卷第二宗第二三頁），原審亦認被上訴人既於解約前願以打九折之價格買受系爭不動產，或願給付一百萬元充作解約金，足徵系爭不動產於斯時已有未達七千二百萬元房價之勢，系爭不動產於解約前已有下跌之傾向，乃未查明系爭不動產於上訴人解約時之價值多少，資為酌減違約金之依據，逕以上開理由為上訴人不利之認定，亦嫌率斷。上訴論旨，指摘原判決關於其敗訴部分不當，求予廢棄，非無理由。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

2.最高法院 103 年度台上字第 2232 號判決

約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，固為民法第 252 條所明定，惟約定之違約金是否過高，乃事實問題，自應由主張過高之債務人就此負舉證之責，並由兩造據以辯論及攻防後，經法院就兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷後始為酌減。

(三)借名登記

1.臺灣高等法院 103 年度上易字第 548 號判決

按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應承認其法律效力，惟如為他造所否認，則主張借名登記關係存在者，自應就借名契約存在之利己事實，負舉證責任。查上訴人辯稱系爭房地為伊與前妻許雅婷於 98 年間各出資一半所購得，推由許雅婷出名登記為所有權人云云，為被上訴人所否認，上訴人迄未就此有利於己之事實舉證以實其說，自難憑採。

2.解析

主張存在借名登記關係者，應就借名契約存在之事實，負舉證責任。

(四)通謀虛偽意思表示

1.臺灣高等法院高雄分院 103 年度重上更(二)字第 6 號判決

按所謂通謀為虛偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言。第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，依民事訴訟法第 277 條前段規定，該第三人應就其所主張有利於己之積極事實負舉證證明之責，亦即其須就該利己之通謀虛偽事實，提出可使法官之心證達到確信為真實程序之本證，始得謂已盡證明之責。查被上訴人對運利公司有系爭本票債權，並經高雄地院以系爭本票裁定准許強制執行在案，被上訴人執此行使票據上權利，於系爭執行事件獲分配執行案款，基於票據無因性，被上訴人尚無須就其取得系爭本票之原因關係，負舉證責任。惟上訴人主張系爭本票之票據行為乃被上訴人與運利公司通謀虛偽意思表示所為，被上訴人否認之，依前引說明，自應由上訴人就其主張利己之通謀虛偽事實，負證明之責。如上訴人不能舉證其主張之事實為真實，則被上訴人就其抗辯之事實縱令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回上訴人之請求。

2.解析

(1)基於票據無因性，票據權利人尚無須就其取得系爭本票之原因關係，負

舉證責任。

(2)應由票據債務人就其主張利己之通謀虛偽事實，負證明之責。

(五)租賃物返還

1.臺灣高等法院高雄分院 101 年度重上字第 121 號判決

租約終止後，出租人除得本於租賃物返還請求權，請求返還租賃物外，倘出租人為租賃物之所有人時，並得本於所有權之作用，依無權占有之法律關係，請求返還租賃物（最高法院 75 年台上字第 801 號判例意旨可資參照）。又按當事人主張有利於己之事實者，就事實應負舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文。原告對於自己主張之事實已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則；被告於抗辯事實並無確實證明方法，僅以空言爭執者，當然認定其抗辯事實之非真正，而應為被告不利益之裁判（最高法院 18 年上字第 2855 號、18 年上字第 1679 號民事判例意旨參照）。被上訴人主張：被上訴人為系爭房地所有權人，就該房地與上訴人訂有系爭租賃契約，於 100 年 3 月 31 日租期屆滿後，已催告上訴人應騰空返還該房地而未經置理等語，業經提出土地暨建物謄本、存證信函、租賃契約書等為憑。上訴人就各該書證之形式上真正及被上訴人為系爭房地所有權人已表明不爭執，堪認被上訴人就其主張之事實已為舉證。是上訴人另辯稱：兩造間為方便被上訴人申報租賃所得始簽訂 1 年 1 期之書面契約，真意實為不定期租賃關係等語，及於本院復爭執系爭房地為被上訴人所有，並辯稱：系爭房屋係借名登記在被上訴人名下，系爭土地僅以被上訴人名義登記，屬於訴外人吳耀庭之遺產，尚未分割云云，自應舉證關於被上訴人為系爭房地所有權人之自認與事實不符，及兩造間有成立不定期租賃契約真意之事實。

2.解析

租期屆滿後，承租人主張有存在不定期租賃契約，為有權占有者，應就兩造間有成立不定期租賃契約真意之事實，負舉證責任。

七、論理法則與經驗法則

※最高法院 103 年度台上字第 1927 號判決

按法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則，為民事訴訟法第 222 條第 3 項所明定。所謂論理法則，係指依立法意旨或法規之社會機能就法律事實所為價值判斷之法則而言。所謂經驗法則，係指由社會生活累

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

積的經驗歸納所得之法則而言，凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之。查薛理治於第一審證稱：伊曾帶被上訴人去看房子，上訴人親口跟伊說他跟屋主之間有糾紛，而且如果有人要買房子的話，上訴人會死在裡面給人看，上訴人跟伊講這些話的時候，客戶都有在場，所以應該都有聽到。只說有糾紛，但是沒有提到具體的糾紛內容，後來伊知道有糾紛就沒有繼續再賣這個房子等語。倘屬實在，衡諸經驗法則，房屋買受人在聽聞買賣標的尚有糾紛，買之恐將招他人在屋內殘害自身性命之危險，是否可能全不加以瞭解，即在毫無知悉糾紛內容前，即付出千萬元率然購屋，實非無疑問，原審就此未命被上訴人再予敘明，即以上述證言並未提及糾紛內容為何，逕認被上訴人無從知悉呂承哲詐欺上訴人之情事，被上訴人為善意之買受人，不無速斷。次查呂承哲係於九十八年二月二十六日以三千二百二十三萬二千五百元向上訴人買受系爭房地，而被上訴人於九十九年六月二十八日向呂承哲買受系爭房地之價格僅為一千零十萬元。兩者價差甚鉅，被上訴人買受之價格是否合理，攸關其是否為善意之買受人，原審就此亦未予調查審酌，遽以被上訴人因信賴登記而取得系爭房地所有權，而為上訴人敗訴之判決，是否無違論理法則，亦非無再斟酌之餘地。」

八、判決中理由之拘束力

(一)最高法院 103 年度台上字第 760 號判決：

按確定判決之既判力，依民事訴訟法第 400 條第 1 項規定，僅於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。至訴訟標的以外之事項，與為訴訟標的之法律關係有關連，而於判決理由中對之有所判斷者，基於訴訟上誠信原則及程序權保護之原則，須當事人在後訴未提出新訴訟資料足以推翻原判斷及該重要爭點在前訴訟程序已列為主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷者，始能賦予拘束後訴當事人及法院之效力（即學說所稱爭點效），以平衡紛爭解決之必要性與程序保障之正當性。查原審雖認定第 112 號等確決，已就「御康公司股權有按三分之二比例放大轉換為維新醫院股權；及被上訴人有六十四萬股份借名登記在上訴人名下」為判斷，對於本件具有爭點效，惟上訴人就此爭執甚烈。況維新法人之社員林樹生、陳志光，於前事件審理中，分別證稱沒有御康的股權放大為維新法人股權；或沒印象股東會提到股數會按比例放大之情形，且依維新法人變更登記表所示之各社員出資額，仍有少數社員非其於御康公司股款之二分之三等各節，復為第 112 號判決所記

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

載。職此，上訴人前以：被上訴人為求獲前事件之有利判決，與訴外人林振廷、陳碧真（下稱林振廷等人）共同基於偽造文書及行使變造文書之犯意，於不詳時間、地點，變造御康公司內容為「依法規定醫院之每床資本額需六十萬，以此推估本院需一億二千萬元，故已找資產鑑價公司重估資本，屆時各位股東之投資價值將同此放大」之系爭會議紀錄，並將該會議紀錄附於前事件民事答辯書，因認被上訴人涉犯行使變造私文書罪嫌，對被上訴人及林振廷等人提起刑事告訴，有第 22897 號等不起訴處分書可稽。乃上訴人於事實審復一再抗辯：伊就檢察官之不起訴處分，業已聲請再議，且經台灣高等法院台中分院檢察署發回續行偵查。從而，系爭會議紀錄是否真正？是否為被上訴人偽造？等情，仍有疑義。換言之，前事件判斷之事實基礎仍生疑義，伊既提出此新訴訟資料足以推翻系爭事件判斷，自無爭點效之適用等語，是否不可採？經核與兩造於前事件審理中，有無就上述「御康公司股權有按三分之二比例放大轉換為維新醫院股權；及被上訴人有六十四萬股份借名登記在上訴人名下」之爭執事項，各為充分之舉證及辯論？以及上訴人於本件提出再議發回續行偵查之訴訟資料，是否不足以推翻系爭事件判斷？等攸關爭點效拘束力等項之判斷，所關頗切，亟待原審進一步釐清。原審未遑詳予調查審認，泛以聲請再議後發回續行偵查，對原審或前事件確定判決所認定之事實，不生拘束力云云，遽為上訴人不利之判決，殊嫌速斷，而難以昭折服。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

(二)解析

- 1.判決中理由拘束力發生之要件：當事人在後訴未提出新訴訟資料足以推翻原判斷、該重要爭點在前訴訟程序已列為主要爭點、經兩造各為充分之舉證及攻防、使當事人為適當完全之辯論、由法院為實質之審理判斷者。
- 2.本件之爭執：新訴訟資料是否足以推翻原判斷、當事人是否為充分之舉證與攻防。

九、外國判決

※最高法院 103 年度台上字第 2213 號判決：

按外國法院經合法訴訟程序所為之民事判決，原則上應予尊重，除有民事訴訟法第 402 條規定情形，始例外不承認其效力。是我國是否不認美國加州法院系爭離婚判決之效力，應以該判決有無民事訴訟法第 402 條所列各款情形，為其認定之標準，並非就同一事件重為審判，對該外國法院判決適用法

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

規是否無瑕，不得再行審認。上訴人以美國加州之法制與我國法律規定不同，非難系爭離婚判決違背公序良俗，尚有未洽。原審本此見解，為上訴人敗訴之判決，無何違背法令。

十、調解

(一)最高法院 104 年度台上第 222 號判決：「當事人於鄉鎮市調解委員會成立調解並經法院核定後，如認該調解有無效之原因，唯有依同條例第二十九條第一項規定，向原核定法院提起宣告調解無效之訴，始得救濟。於得有勝訴之確定判決前，難謂該調解無與確定判決同一之效力，當事人自仍應受其拘束。……原審以該調解係兩造基於通謀虛偽意思表示所成立，依民法第八十七條第一項規定自始、當然無效，不以經當事人提起宣告調解無效之訴並得勝訴確定判決為必要，亦無與確定判決同一之效力，因認被上訴人提起本件訴訟，並無違反一事不再理之規定云云，依上說明，已有違誤。

(二)解析

1. 調解筆錄有與確定判決同一之效力。
2. 調解縱有通謀虛偽情事，在提起宣告調解無效之訴並獲勝訴判決確定前，仍不得爭執調解之效力。

十一、再審

※最高法院 104 年度第 5 次民事庭會議加註 1 則：59 年台抗字第 387 號判例要旨聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，依非訟事件法，並無再審及準用民事訴訟法關於再審之規定。本件抗告人對於法院就聲請拍賣抵押物所為之裁定，依民事訴訟法第 507 條、第 496 條第 1 項第 12 款聲請再審，於法難謂有據。

相關法條：民事訴訟法第 496 條、第 507 條。非訟事件法第 72 條。

決議：本則判例加註：非訟事件法第 46 條之 1 已就非訟事件之確定裁定規定得準用民事訴訟法之相關規定而聲請再審。

十二、支付命令

※最高法院 103 年度台上字第 2245 號判決：

按債務人對於支付命令未於法定期間提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力，為民事訴訟法第 521 條第 1 項所明定。是債務人於支付命令確定後，除依法對之提起再審之訴外，不得再為與該確定支付命令意旨相反之主張，亦不容以違約金過高為由請求核減。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

十三、保全程序

※最高法院 103 年度第 12 次民事庭會議：債權人聲請法院對債務人為假扣押裁定，第一審法院駁回債權人之聲請，債權人提起抗告，抗告法院於裁定前，是否應通知債務人陳述意見？

甲說：肯定說。民事訴訟法第 528 條第 2 項規定：抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會。係為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會而設。抗告法院如未使債權人及債務人有陳述意見之機會，其踐行之程序，於法即有未合。此項規定既未限制僅於債務人提起抗告，始應通知債權人陳述意見，即應對債權人提起抗告亦有適用，故抗告法院仍應通知債務人陳述意見。

乙說：否定說。假扣押係屬保全程序，為防止債務人隱匿或處分其財產而達脫產目的，強制執行法第 132 條第 1 項規定：假扣押之執行應於裁定送達同時或送達前為之，以保障債權人權益。是債權人對於駁回其假扣押聲請之裁定，提起抗告，抗告法院若依民事訴訟法第 528 條第 2 項規定，通知債務人陳述意見，無異使債務人事先知悉債權人對其聲請假扣押情事，此與上開強制執行法保護債權人之立法意旨有違。準此，債權人不服第一審法院所為駁回假扣押聲請之裁定，提起抗告，抗告法院自無庸通知債務人陳述意見。

丙說：折衷說。民事訴訟法第 528 條第 2 項規定：抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會。旨在保障債權人及債務人之程序權，並使抗告法院能正確判斷原裁定之當否。惟假扣押係保全程序，假扣押裁定具隱密性，為防止債務人隱匿或處分財產，以保全債權人之強制執行，其執行應依強制執行法第 132 條第 1 項規定，於裁定送達債務人之同時或送達前為之。考量此項立法趣旨，債權人對駁回其假扣押聲請之裁定提起抗告，倘假扣押隱密性仍應予維持，即無須使債務人有陳述意見之機會。

決議：採丙說。

十四、家事事件

(一)程序誤用

※最高法院 103 年度第 7 次民事庭會議（二）

家事事件法施行前，原屬民事訴訟法人事訴訟程序之事件，第二審法院審理中，因家事事件法之施行，將之改列為家事非訟事件，第二審法院未依家事事件法第 197 條第 2 項規定，改依家事事件法所定家事非訟程

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

序審理，仍適用民事訴訟法人事訴訟程序以民事判決審結，當事人不服向本院提出上訴：(二) 第二審法院誤用民事訴訟人事訴訟程序審理判決，本院如認其判決結果，並無不當，究應維持原判決，或以原判決誤用程序法規定，屬適用法規顯有錯誤，將原判決廢棄，發回第二審更為審理？

甲說：第二審法院就家事非訟事件誤用民事訴訟法之人事訴訟程序審理者，如不影響裁判之結果，本院不得僅因其未適用家事事件法家事非訟程序之規定，即將原判決廢棄，仍應予以維持。理由：按保障當事人之程序利益及訴訟經濟，為民事訴訟之大原則。家事事件法所定家事非訟程序與民事訴訟法之人事訴訟程序固有不同，但後者亦規定法院應為職權調查，並排除當事人認諾、捨棄、自認等規定，且依訴訟程序審理，通常較為嚴格，對當事人非必不利。況家事事件法將某類事件列為非訟事件，其目的即在使法官得依職權裁量而為妥適、迅速之判斷，第二審法院未適用家事非訟程序之規定，對於當事人程序利益之保障如未有欠缺，基於訴訟經濟，自不得僅因其未適用該程序規定，即將原判決廢棄，否則，反悖於該類事件列為非訟事件之立法本旨。

乙說：廢棄原判決。理由：原應依家事非訟程序處理之事件，誤用民事訴訟法人事訴訟程序處理者，係訴訟程序之違背，因第二審未踐行家事事件法非訟程序之特別規定以為處理，無異於剝奪當事人有依特別程序規定實施程序之訴訟權，如不將原判決廢棄發回第二審，逕以不影響判決結果為由，維持原判決，等同於審級限縮。又觀諸民事訴訟法第 477 條第 2 項規定：

因違背訴訟程序之規定廢棄原判決者，其違背之訴訟程序部分，視為亦經廢棄，足認第二審訴訟程序之違背，亦為構成第三審廢棄第二審裁判之理由。

決議：採甲說。

(二)程序誤用所發回或發交之法院

※最高法院 103 年度第 7 次民事庭會議 (三)

家事事件法施行前，原屬民事訴訟法人事訴訟程序之事件，第二審法院審理中，因家事事件法之施行，將之改列為家事非訟事件，第二審法院未依家事事件法第 197 條第 2 項規定，改依家事事件法所定家事非訟程序審理，仍適用民事訴訟法人事訴訟程序以民事判決審結，當事人不服向本院提出上訴：(三) 如有發回必要，應發回第二審法院或發交少年及

家事法院（未設少年及家事法院地區之地方法院）？

甲說：發回第二審法院。理由：該事件既經第二審法院裁判，於確定前，其抗告均應由該第二審法院受理，故有發回必要時，應發回該法院。

乙說：發交少年及家事法院（未設少年及家事法院地區之地方法院）。理由：家事事件法公布施行後，概適用該法之規定。而同法第 94 條第 1 項規定：對於第一審就家事非訟事件所為裁定之抗告，由少年及家事法院以合議裁定之；依同法第 2 條規定，未設少年及家事法院地區，由地方法院家事法庭處理之。本件上訴本院後，既應依再抗告程序處理，自應適用上開家事事件法規定，發交少年及家事法院（或地方法院）以合議裁定之，俾符法律規定。

決議：採乙說。

(三)親子關係事件之確認利益

1.最高法院 104 年度台上字第 138 號判決

第三人就子女及其法律上受推定生父間之親子關係如有所爭執，而生法律關係之不明確，為除去該法律上爭執，以維持法之和平及法之安定性，且此項危險適足以確認判決除去時，可認為具有確認利益，得提起確認訴訟，然此確認利益之有無與實體權利義務關係之存否，應區別予以判斷。如為繼承權因婚生推定而受影響之第三人，同法第 64 條第 1 項、第 2 項（刪除前民事訴訟法第 590 條第 1 項、第 2 項）已另設規定，允許繼承權被侵害之人得於夫妻之一方或子女於法定期間內或期間開始前死亡之情形，提起否認子女之訴，且應自被繼承人死亡之時起，六個月（一年）內起訴。如逾該期間，即不得再提起否認子女之訴以推翻子女之婚生性。繼承權人如仍有爭執而提起確認法律上父與子女間之親子關係不存在之訴，雖可認有確認訴訟之確認利益，但由於其已逾法定之除斥期間而不得再推翻法律上之婚生性，故仍應為其敗訴之實體判決。

2.解析

- (1)第三人就子女及其法律上受推定生父間之親子關係如有所爭執，有確認利益。
- (2)如為繼承權因婚生推定而受影響之第三人，逾提起否認子女之訴期間，雖可認有確認訴訟之確認利益，但由於其已逾法定之除斥期間而不得再推翻法律上之婚生性，故仍應為其敗訴之實體判決。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！