

《民事訴訟法》

一、試附理由扼要解答下列問題。

(一)本(98)年度甫新設立之祭祀公業涉訟時，有當事人能力否？(8分)

(二)失蹤人欠債未償，洽其財產管理人，亦相應不理。債權人應對何人提起給付之訴，其被告始為適格？(8分)

(三)法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業所生權義事項涉訟時，是否有訴訟能力？(9分)

命題意旨	測驗關於當事人能力、當事人適格與訴訟能力等基本概念之認識。
答題關鍵	應援引相關實務見解或法律規定加以說明。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義第一回，第26-27、31頁；講義第二回，第29頁。 2.楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，2003年12月，第57-58、224頁。 3.邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2006年筆記版，第269頁。

【擬答】

(一)本(98)年度甫新設立之祭祀公業涉訟時，有當事人能力：

1.當事人能力

所謂當事人能力，係成為訴訟法當事人（原告或被告）上之一般資格，即得成為訴訟法上主體之資格。民事訴訟法第40條即規定：「有權利能力者，有當事人能力。（第一項）胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。（第二項）非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。（第三項）中央或地方機關，有當事人能力。（第四項）」是以，本件祭祀公業有無當事人能力，端視其是否有權利能力、或為非法人團體為斷。

2.祭祀公業條例肯認祭祀公業有當事人能力：

向來我國實務均否定祭祀公業於實體法上之權利能力，是訴訟法上亦否認其當事人能力，惟學者多肯認祭祀公業應屬非法人團體而有當事人能力。自96年12月12日公布祭祀公業條例後，該條例第21條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。（第一項）本條例施行前已核發派下全員證明書之祭祀公業，視為已依本條例申報之祭祀公業，得逕依第二十五條第一項規定申請登記為祭祀公業法人。（第二項）祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力。（第三項）祭祀公業申請登記為祭祀公業法人後，應於祭祀公業名稱之上冠以法人名義。（第四項）」由是益徵，新設立之祭祀公業因享有權利及負擔義務之能力（權利能力），是祭祀公業應有當事人能力，當屬無疑。

(二)債權人應對失蹤人之財產管理人提起給付之訴，其被告始為適格：

1.當事人適格：

當事人適格，係指當事人就特定具體之訴訟事件，得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。而具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。至於如何判斷有無當事人適格？原則上，依照原告於起訴狀所主張之事實為據，其對於解決該訴訟標的法律關係之問題是否適當。一般而言，訴訟標的法律關係之權利歸屬主體原則上均有當事人適格，僅例外情形即非屬訴訟標的法律關係之權利歸屬主體，因具有訴訟遂行權者，即第三人之訴訟擔當時，始具有當事人適格。

2.失蹤人之財產管理人有為失蹤人起訴應訴之訴訟遂行權，是財產管理人有被告適格：

民法第10條：「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定。」非訟事件法第118條：「財產管理人應以善良管理人之注意，保存財產，並得為有利於失蹤人之利用或改良行為。但其利用或改良有變更財產性質之虞者，非經法院許可，不得為之。」學者一般皆認為，因失蹤人實際上以



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

無法親自管理其財產而起訴或應訴，是關於失蹤人財產之管理行為，應由財產管理人有該訴訟遂行權，屬於法定訴訟擔當之情形。是以，應以財產管理人為被告，始為恰當。

(三)法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業所生權義事項涉訟時，有訴訟能力：

1. 訴訟能力

民事訴訟法第 45 條：「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。」當事人具備為當事人之資格後，其有無為訴訟行為之能力，屬於訴訟能力之問題。原則上，實體法上具備行為能力者，當有訴訟能力，諸如：有行為能力之成年人與已結婚之未成年人有訴訟能力無訛。

2. 限制行為能力人關於其營業所生權義事項涉訟時，有訴訟能力：

法定代理人允許限制行為能力人獨立營業，限制行為能力人就其營業所生之訴訟，有無訴訟能力？尚有爭論：

(1)甲說：依照民法第八十五條第一項規定「法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人關於其營業，有行為能力。」限制行為能力人就其營業既有行為能力，即屬民事訴訟法第四十五條所稱能獨立以法律行為負義務之人，故有訴訟能力。

(2)乙說：法定代理人允許限制行為能力人獨立營業，該限制行為能力人在民法上於法定範圍內，固有行為能力，但在訴訟法上仍不得謂有訴訟能力，其訴訟行為仍應由法定代理人代理，始屬合法。

(3)吾人以為甲說可採。按民事訴訟法第 45 條既已規定能獨立以法律行為負義務者有訴訟能力，則法定代理人允許限制行為能力人獨立營業之事項，限制行為能力人既有行為能力，自應肯定其有訴訟能力始為恰當、以符合民法賦予限制行為能力人獨立處理該事務之本旨。最高法院 64 年度第 5 次民庭庭推總會決議決議（三）亦同此說，茲可參照。

二、甲負債累累，光祇積欠其中債權人乙借款債務部分，即已高達 500 萬元之多，迭經催索無效，乙乃著手對甲為財產調查，始發現不久前，甲已以其於 97 年 1 月 5 日與丙成立之買賣為原因，將其僅有市價約 600 萬元之 A 屋辦理所有權移轉登記予知情之丙，致乙之債權無所取償。經乙進一步追查，祇知甲、丙 97 年 1 月 5 日訂立之 A 屋買賣契約所載買賣價額為 300 萬元，至於彼等究竟是否出於通謀而為虛偽買賣及移轉所有權之行為，則尚不得確知。乙為維護其借款債權，並希望紛爭能一次解決，乃決定提起合併之訴予以處理。

問：乙所為起訴應以何人為被告？應合併提起如何的訴訟？俾使一次達成現已登記為丙名下之 A 屋得以回復為甲名下所有之最終目的。試附理由回答之。（25 分）

命題意旨	測驗同學能否運用客觀訴之合併，並對各種合併型態之意旨有無徹底了解。
答題關鍵	藉由運用客觀合併之型態，以追求紛爭解決一次性之理念。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義第一回，第 196-197 頁。

【擬答】

(一)實體法律關係：詐害債權或通謀虛偽意思表示

債權人乙對債務人甲有 500 萬之債權，惟債務人甲將其僅有財產 A 屋出賣於丙，致債權人乙無從滿足其債權。對此，甲丙間若為通謀虛偽意思表示，則甲丙間買賣關係應屬無效；惟甲丙間確實有買賣契約成立者，則債權人乙得將甲丙間詐害乙債權之行為予以撤銷。

(二)乙所為起訴應以甲丙為共同被告；並以客觀預備合併之方式提起訴訟：

1.有鑑甲丙間之買賣契約是否為通謀虛偽意思表示？抑或有效之買賣契約？尚有疑問。為有效將現已登記為丙名下之 A 屋得以回復為甲名下所有之最終目的，自應以客觀預備合併之方式，同時乙甲丙為共同被告而提起訴訟。例如：先位主張確認甲丙間買賣之債權行為及所有權移轉登記之物權行為俱屬無效，並塗銷丙以買賣為原因之移轉登記；後位主張撤銷上開買賣契約及所有權移轉登記之物權行為，並由丙負有回復原狀之責。

2.又僅將現已登記為丙名下之 A 屋得以回復為甲名下所有，恐尚未能滿足債權人乙之權利。是以，債權人乙更得基於借款債權、同時合併請求命債務人甲給付 500 萬元，以取得對甲之執行名義，供將來強制執行甲之財產，併予敘明。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

三、甲、乙二人共有 A 建地一筆，每人應有部分各二分之一，三年前乙趁甲出國期間，擅於整筆 A 地上蓋滿違章建築房屋自行居住使用。甲去年回國後發現上情，乃即以乙為被告，起訴請求裁判分割共有物，經法院作出將 A 地其中 B 部分歸甲，C 部分歸乙之判決確定在案。惟乙卻仍拒不拆除地上房屋將 B 部分土地點交予甲。甲無奈乃於日前又以乙為被告，另行起訴請求法院判令乙拆除 B 部分土地上之房屋，將 B 部分土地返還予甲。問上開分割共有物判決是否具有形成力及執行力？又法院應如何審理裁判該甲對乙所提拆屋還地之後訴？（25 分）

命題意旨	裁判分割共有物之性質為何？涉及該判決之形成力、執行力與既判力之範圍認定。
答題關鍵	掌握學者對於裁判分割共有物訴訟性質之理解、輔以實務見解加以比較說明。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義第一回，第 50-53 頁。 2.邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2006 年筆記版，第 20-23 頁。 3.張登科，《強制執行法》，2006 年 1 月修訂版，第 573-574 頁。 4.楊建華，《民事訴訟法問題研析（五）》，1998 年 2 月出版，第 91-93 頁，分割共有物判決關於分割登記與交付分得之效力。

【擬答】

(一)上開分割共有物判決具有形成力及執行力：

對於裁判分割共有物判決是否具有形成力及執行力一事，涉及裁判分割共有物事件判決性質之爭議：

1.形成判決說

其認為形成之訴之訴訟標的為形成權，不當然兼具有給付請求權之性質。則裁判分割共有物事件之訴訟，並不具給付之訴之性質。因分割共有物之判決，僅宣示分割之方法，不僅無命交付土地之意思，亦未經言詞辯論，對於命給付之部分，不生既判力之效力，自非給付之訴。惟鑑於強制執行法第 131 條之特別規定，始具有執行力。至於關於物之交付部分，因非為共有物分割事件之訴訟標的，則並不生既判力之效力，如上所述。

2.同時兼具形成判決與給付判決說

因共有物經法院裁判分割後，對於共有人之一所取得之其中一部份，可能為其他共有人所占有。是以，當事人起訴之真意，除了請求法院予以分割而使實體法律關係發生變動外，尚有使法院命其他共有人移轉其所占有之部分。由是可知，裁判分割共有物事件之判決應同時兼具形成判決與給付判決之性質。我國實務似同此說，參見：最高法院 75 年度第 1 次民事庭會議決議（一）決議：「分割共有物之判決，兼有形成判決及給付判決之性質，不因強制執行法修正而有異。且判決之執行為程序上之事項，參照四十五年台上字第八三號判例，分割共有物之判決，不論成立於強制執行法第一百三十一條修正前或修正後，均應適用修正後之規定而有執行力。」

3.小結：裁判分割共有物判決具有形成力及執行力

因裁判分割共有物判決有使所有權發生變動之效力，是肯認其具有形成力，尚無異論。至於該判決是否屬於給付之訴一事雖尚有爭論，惟強制執行法第 131 條既已特別規定該判決有執行力，是上開爭論並無太大差異。是以，裁判分割共有物判決同時具有形成力及執行力，當屬無疑。

(二)又法院應如何審理裁判後訴訟，需視前訴訟是否有針對命乙拆屋還地部分予以審理而定：

1.對於後訴訟之提起是否合法？是否受前訴訟既判力效力所遮斷？需就前訴訟之審理內容予以釐清。

2.前訴訟即裁判分割共有物之性質為何，參照前述，我國實務認為兼具形成之訴與給付之訴之性質。對此，學者更進一步說明：對所請求交付之部分，是否發生既判力？須視其是否經法院之實質審理為斷。如業經法院實質審理者，則應當發生既判力之效力；反之，則不發生既判力之效力。據此，涉及原告之聲明是否具有請求法院命一併辦理登記或交付之情形，換言之，即為解釋訴之聲明範圍之問題、及**解釋判決主文範圍之問題**。但為避免發生爭論，法院審理時，應當行使闡明權以知悉當事人之真意究竟為何。

3.由是益徵，倘若請求法院判令乙拆除 B 部分土地上之房屋、將 B 部分土地返還予甲之部分，於前訴訟中業經審理並裁判者，自己發生既判力之效力，是後訴提起不合法。反之，倘前訴訟中並未加以審理者，後訴訟之提起並未受前訴訟既判力之遮斷，是後訴之提起合法，法院自應加以審理。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

四、甲訴求乙返還不當得利新台幣 120 萬元之事件，於 97 年 8 月 6 日接獲第二審法院所為對伊全部不利之判決，直至三十日之不變期間末日即 97 年 9 月 5 日，甲始以乙為再審被告，於訴狀中泛言原確定判決不適用法規，並表明不服與求為廢棄原確定判決全部及如何改判之意旨，而未指明原確定判決有如何不適用法規之具體情事，向管轄之原二審法院提起再審之訴。試附理由分項解答下列問題：

(一)甲所提再審之訴是否合法？法院應如何審理裁判？(15 分)

(二)題示情形，設若甲於 97 年 9 月 10 日已另補狀指明原確定判決有如何不適用法規之具體情事，此時該案尚未評決，則法院又應如何審理裁判？(10 分)

命題意旨	測驗同學對於再審之訴起訴程式有所欠缺時，法院應否命當事人補正等相關問題。
答題關鍵	此部份因法條並無明確之規定，須參考我國實務見解，故詳加援引該實務見解即可。
高分閱讀	梁台大，民事訴訟法講義第三回。

【擬答】

(一)甲所提再審之訴不合法？法院應如何審理裁判？(15 分)

1.再審程序之意義：

再審程序之性質，係當事人對於確定終局判決，於具備再審事由時，當事人得聲明不服之救濟方式。又再審程序之合法要件，再審當事人須為原當事人或其繼受人，針對不當且不利於己之終局判決不服、向原法院管轄提起再審、應於三十日之不變期間內提起、提出書狀、以及繳納裁判費。

2.法院得無庸命當事人補正：

除上開合法要件外，再審之訴應以訴狀方式，提出於管轄法院為之（民事訴訟法第 501 條第一項）。惟再審起訴狀中未就再審理由予以表明者，法院無庸命當事人補正。參見最高法院 61 年台再字第 137 號判例：「提起再審之訴，應依民事訴訟法第五百零一條第一項第四款表明再審理由，及關於再審理由並遵守不變期間之證據，此為必須具備之程式。所謂表明再審理由，必須指明確定判決有如何合於法定再審事由之具體情事始為相當，倘僅泛言有何條款之再審事由，而無具體情事者，仍難謂已合法表明再審事由。既未合法表明再審事由，即為無再審之事由，性質上無庸命其補正。」（最高法院 60 年台抗字第 538 號判例同旨趣）

3.法院得逕以其再審為不合法駁回之：

當事人提起再審之訴而未合法表明再審理由者，法院得逕以其再審為不合法駁回之。參見最高法院 69 年度第 3 次民事庭會議決定（一）（民國 69 年 2 月 5 日）「決議：當事人提起再審之訴或聲請再審，雖聲明係對某件再審判決或裁定為再審，但審查其再審訴狀理由，實為指摘原確定裁判或前次之再審裁判如何違法，而對該聲明不服之再審判決或裁定，則毫未指明有如何法定再審理由。此種情形，可認為未合法表明再審理由，逕以其再審（再審之訴或聲請再審）為不合法駁回之。」

(二)題示情形，設若甲於 97 年 9 月 10 日已另補狀指明原確定判決有如何不適用法規之具體情事，此時該案尚未評決，則法院又應如何審理裁判？(10 分)

設若甲於 97 年 9 月 10 日已另補狀指明原確定判決有如何不適用法規之具體情事，此時該案尚未評決，則法院又應如何審理裁判？我國實務見解原認為：當事人如於法院評決前已補正提出再審理由者，應仍認為合法。參照最高法院 67 年度第 6 次民事庭庭推總會議決定（三）（民國 67 年 6 月 6 日）：「決議：提起再審之訴，固應依民事訴訟法第五百零一條第一項第四款表明再審理由，惟如再審原告於三十日之不變期間內提起再審之訴，其提出之再審訴狀未表明再審理由，而在本院評決前已補正提出再審理由者，其補提時雖已逾三十日之不變期間，參照同法第五百零五條，再審之訴訟程序準用關於各該審級訴訟程序之規定，應仍認為合法。」

