

〔98年司法事務官考試〕

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？
- (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？
- (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？ (98司事官)

〔擬答〕

(一) 祭祀公業法人有權利能力故有當事人能力 (§40 I)

祭祀公業之性質特殊，其以獨立財產為基礎，而由全體派下員所組成，同時兼具財團及社團之特徵，既需以派下員大會為最高意思機關，而其專為祭祀所設立之財產既非以營利為目的，又非盡屬公益性質，不宜逕以法律單純將其歸類為財團法人或社團法人，基於維護並延續其固有宗族傳統特性，解決其與現行法律體系未盡契合之問題，爰明定依本條例申報並完成登記之祭祀公業為特殊性質法人，名稱為祭祀公業法人，俾使其具有當事人能力成為權利義務之主體，以有別於財團法人及社團法人。故本案例中98年甫新設立之祭祀公業其有權利能力，故涉訟時，自有當事人能力。

◎祭祀公業條例第21條

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。

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。

祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力。

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。

(二) 債權人應以失蹤人之財產管理人為被告始為適格

1. 訴訟擔當之意義

指於具體訴訟，具備為當事人之資格，因而得受本案判決者而言。亦即，當第三人代替訴訟標的法律關係主體取得當事人適格(取得訴訟實施權)，由該第三人以自己名義為當事人進行訴訟，該訴訟之判決效力不僅及於訴訟進行者 (§401 I)，亦及於該訴訟標的法律關係主體 (§401 II)。該進行訴訟者稱為「擔當人」，而訴訟標的法律關係主體稱為「被擔當人」。

2. 訴訟擔當之類型

進行訴訟者其取得訴訟實施權係基於法律規定或本人授權，可分為法定訴訟擔當與任意訴訟擔當二種。法定訴訟擔當乃依法律規定使法律關係主體以外之第三人取得訴訟實施權或管理處分權，亦稱職務上當事人。而任意訴訟擔

當則係依實體法上權義歸屬主體之意思，授權第三人取得訴訟實施權之情形。

3. 案例事實解答

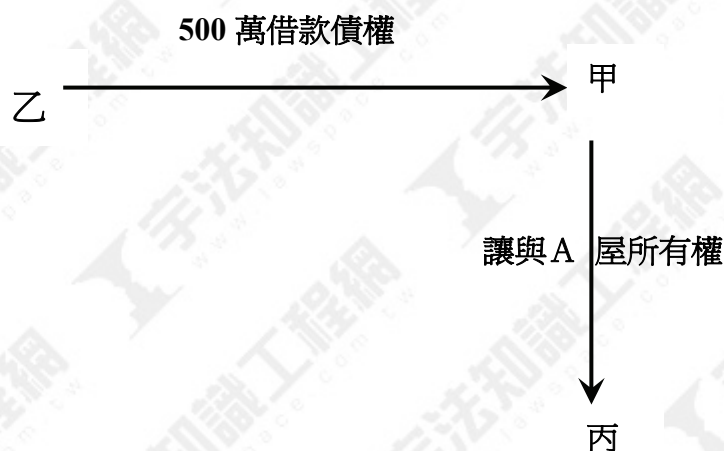
失蹤人之財產管理人乃係依非訟事件法§108 至§120 之規定，取得財產管理權限，此種法定訴訟擔當之特徵為「法律關係主體無法或不適宜保護自身利益」，故由職務上當事人（財產管理人、遺產管理人、遺囑執行人）為其進行訴訟，故債權人應以失蹤人之財產管理人為被告始為適格。

(三) 獨立營業之限制行為能力者就其業務涉訟有訴訟能力

訴訟能力係指當事人（含參加人）能單獨進行訴訟之能力。即自己能有效的為訴訟行為之能力及受訴訟行為之能力，因其基礎為民法上的行為能力，故得稱為訴訟法上的行為能力。限制行為能力人因無完全行為能力，故原則上無訴訟能力，即便民法有若干法條（例如，民§77 但、§83、§84）規定其民法之法律行為有效，但仍無訴訟法上之訴訟能力，然民法例外於§85 I：明文規定「關於其營業，有行為能力」，故學說及實務均認獨立營業之限制行為能力者就其業務涉訟有訴訟能力。

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，將其僅有市值約 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。
(98 司事官)

〔擬答〕



對於甲丙侵害債權乙於實體法上有如下二種方式可維護債權，而程序法上亦得

利用選擇合併或預備合併方式而提起訴訟，簡述如下：

(一) 乙行使保全代位以丙為被告提起訴訟請求塗銷所有權登記

1. 被告為丙

原告為乙，為債務人甲（訴外人）對被告丙提出訴訟。

2. 訴之聲明

「被告丙應將系爭 A 屋於民國××年×月×日所為之所有權移轉登記予以塗銷」

3. 事實理由

債權人乙對債務人甲享有借款債權 500 餘萬元，債務人甲欲免其財產被強制執行，乃與第三人丙通謀而為虛偽意思表示，於 97 年 1 月 5 日將其所有 A 屋以 300 萬元成立假買賣，並辦妥所有權移轉登記與丙，該債權行為及物權行為依民法§87 均屬無效，故所有權不生變動，該 A 屋仍屬債務人甲所有，然該 A 屋現仍登記於丙名義之下，而有礙所有權權能圓滿實現，並損害債權人乙之債權實現，故依民法保全代位（民法§242）代位甲行使物上請求權（民法§767），以塗銷 A 屋之所有權移轉登記。

(二) 乙行使詐害行為之撤銷權以甲丙為共同被告並請求回復原狀

1. 被告為甲丙

原告為乙，應以債務人甲及第三人丙為共同被告丙提起撤銷訴訟。

2. 訴之聲明

「一、被告甲與被告丙間就系爭 A 屋所為之買賣契約及物權讓與合意均撤銷
二、被告丙應將系爭 A 屋於民國××年×月×日所為之所有權移轉登記予以塗銷以回復原狀」

3. 事實理由

債權人乙對債務人甲享有借款債權 500 餘萬元，債務人甲欲免其財產被強制執行，乃與丙共同詐害債權，將市值約 600 萬元之 A 屋以 300 萬元之價額賤售，甲與丙就系爭 A 屋買賣之有償行為，甲於行為時明知有損害於乙之權利，丙於受益時亦知其情事，明顯構成詐害行為，依民法§244 II 規定得請求法院撤銷買賣契約及物權讓與合意，並同時依民法§244 IV 規定得訴求回復原狀令丙塗銷登記使甲回復為系爭 A 屋之所有人。

(三) 上述二項請求可利用選擇合併或預備合併方式而提起訴訟

1. 可利用選擇合併

原告以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決者，乃所謂選擇訴之合併。上述二項聲明雖有少許差異，然其主要訴求均為「塗銷登記以回復甲所有」，故其聲明可謂相同。在此，原告可不排定二請求之先後順序而提起選擇合併，而由法院行使選擇權。原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判決時，法院固得僅依該項訴訟標的

而為判決，對於其他訴訟標的無庸審酌；惟如各訴訟標的對於原告判決之結果不同，法院自應擇對原告最為有利之訴訟標的而為裁判（94 台上 2311 判決參照）。

2. 可利用預備合併

所謂訴之預備合併，通常固指原告預防其提起之訴訟為無理由，而同時提起不能並存之他訴為備位，以備先位之訴無理由時，可就備位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言；惟原告提起非相排斥之數訴，而定其請求法院為裁判之順序，依上說明，應非法所不許（95 台抗 184 號裁定參照）。在此，原告甲自得行使程序選擇權，自行排定審理順序，以決定「保全代位」或「詐害行為之撤銷」何者為先位請求，而何者為備位主張。

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？（98 司事官）

〔擬答〕

（一）分割共有物判決具有形成力並依強制執行法§131 規定有執行力

1. 具有形成力及執行力說（通說及實務）

分割共有物之判決，就以判決使共有關係發生消滅之形成效果，具有形成判決之性質；另一方面，就法院命令共有人間分配共有財產之行為而觀察，無論係以原物為分配或變賣分配價金，或以金錢補償，判決所命分配財產之行為，無法僅賴抽象之形成力，即可使各共有人實際獲得其分得之財產。判決之此一部分，顯然係以給付行為為內容，具有給付判決之性質。故本法§131 不僅學理上有其依據，且合乎實務之需要。故可稱此種判決為“形成之給付判決”或“隱藏之形成判決”。

◎最高法院 75 年度第 1 次民事庭會議決議（一）

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。

2. 僅有形成力而無執行力說（陳榮宗、張登科、林昇格、陳計男）

分割共有物之訴，係形成之訴，法院之判決為形成判決，判決之內容，只依法律所規定之分割方法，按共有人之應有部分，將共有物分割，使所分割部

分歸屬於共有人，並不合命共有人互為給付之成分；而判決得為強制執行者，以給付判決為限，分割共有物之判決，既係形成判決而非給付判決，自不可為執行名義。況且，由於判決主文並未表明之交付部分，卻由立法規定得執行交付，似與強制執行之正當性之保障有違，故本條立法實有不當。

3.管見認為

分割共有物之判決，具有形成力殆無疑義，然是否具有執行力則有上述爭議，惟強制執行法§131 I 既已規定：「共有物分割之裁判，執行法院得將共有人分得部分點交之。」顯見立法者有意以此規定創設「共有物分割裁判」之執行力，學理是否允當，容有爭議，然依上述法規，共有物分割裁判具有執行力應屬無疑。

(二) 拆屋還地訴訟應以欠缺權利保護要件駁回

分割共有物判決具有形成力並依強制執行法§131 規定有執行力已如前述，乙拒不拆除地上房屋將 B 部分土地點交予甲，甲得持原分割共有物確定判決請求執行法院點交被乙占有之 B 部分土地，實無再行起訴之必要，浪費司法資源以取得同一執行目的之給付確定判決，故甲對乙所提拆屋還地之後訴，法院應以欠缺權利保護要件，判決駁回之。

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？

(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？

(98 司事官)

[擬答]

(一) 未具體表明再審理由，毋須命其補正逕依§502 I 裁定駁回。

對本院確定判決提起再審之訴，應以有民訴第四百九十六條第一項各款之原因為限，此項原因亦即再審理由，必須於訴狀中表明之（見同法第五百零一條第一項第四款），否則其訴即屬不合法，毋庸命其補正，逕以裁定駁回之。本件再審原告於民國六十九年十二月十二日，向本院提出之再審訴狀，僅云原確定判決有不備理由，及未斟酌其所提出之證據之違法情形，並未表明任何法定再審原因，依上開說明，顯難認其再審之訴為合法（70 台再 35 號判例）。

(二) 再審之訴業已合法，法院不得裁定駁回。

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（67年第6次民庭總會決議）。