

析 研 題 問

民 事 訴 訟 法

(二)

著 華 建 楊

中 華 民 國 七 十 七 年 九 月 印 行

析 研 題 問

民 事 訴 訟 法

(二)

著 華 建 楊

中 華 民 國 七 十 七 年 十 月 印 行

中華民國七十七年十月版

問題
析題

民事訴訟法(二)

定價新臺幣 叁佰元

著作人：
兼發行人：楊

建 華

電話：(〇二)七九〇七〇九六號

總經銷：三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六一號

郵政劃撥賬戶〇〇〇九九九八—五號

印刷者：廣 益 印 書 局

臺中市北屯路二九六號

電話：二二三五六八七號

第(二)集自序

著者自民國七十一年十二月二十九日起在司法周刊開「民訴實務試釋」專欄，迄逾四載，其間除因司法周刊稿擠（如司法節特刊），偶有中斷外，從未有「續稿未到，暫停一期」之紀錄，非敢以此自翊，實乃藉此考驗個人之恒心與毅力而已。

前述專欄彙編第(一)集，於七十四年五月出版，適已兩年，近兩年所發表者，其篇幅已與第(一)集相等，乃彙編為第(二)集。於此期間，由於民法親屬編之修正，影響及於民事訴訟程序者不少，故此部分之研析占有相當數量。

民事訴訟法為程序法規，應顧及實務上之運用，前於第(一)集自序中曾有述及，本書所研析之問題，頗多為一般著作中所未論述，而訴訟實務上則經常發生者，於個人意見發表後，有未為實務上採取者；如關於假執行擔保金之效力（第(一)集一六四頁），與最高法院七十五年四月民庭會議決議相左；亦有與實務上之見解相同者，如補提上訴第三審理由書之期間、協議離婚應為戶籍登記得否提起給付之訴（本書三三八、三七八頁），則與在後之最高法院七十五年五月及同年十月之民庭會議決議一致。上舉之例，乃在說明法律見解，原有仁智之見，本書所述，僅供研究各

該問題之參考，慎勿以之為標準答案。

本集續承司法周刊同人協助支援，尤其東吳同學司法院專員林月娥小姐精密校勘，使本集順利繼續印行，均併致謝。

楊 建 華

七十六年五月
於司法院

自序

我國大學法學教育，多採課堂演講方式，在民刑商法或民刑訴訟法之講授，多重體系與基本概念之介紹，而一般法學著作，為配合教學之需，亦以上述性質之教科書為主，一般考試亦偏重於議論題，此種教學與考試方法，能使初習法律者，就其所習科目有全盤系統之認識，以奠定其對某一科目之基礎觀念，自有其重要之價值。惟如何將抽象之法律，運用於具體之案例，兼顧個別或特殊問題之研析，以培養習法者之思考力與判斷力，並作為司法實務上之參考，當亦應為吾人努力之方向。近年以來，此類書籍，續有問世，而司法官或律師之考試，亦逐漸轉向於實例題之解答，自屬可喜之現象，正與德日法學重視實例「演習」者相同。

民事訴訟法為程序法規，更應顧及實際上之運用，著者前於民國六十三年曾就「民事訴訟法實務問題」彙編印行，六十九年並予重行整理補充出版，惟對於每一問題之敘述，有過於簡略之感。民國七十一年十二月二十九日起，應司法周刊發行人劉象文兄之邀，以「民訴實務問題試釋」之專欄方式，每週連續刊出實務問題一則，兩年餘以來，備受各方重視，司法同人或莘莘學子每以影印或剪貼為苦，紛請彙編成冊，經檢出百篇，重加整理補充，得近三十萬言，命名曰「問題研析——民事訴訟法」第一集。

著者對於法律，具有多方興趣，數十年來，從事司法審判、司法行政與法律教學，曾兼及民刑法律，惟仍特別偏愛於民事訴訟法，近年以來更辭卸其他課務，專事於民事訴訟法之講授，指導研究所同學撰擬之論文，亦以民事訴訟法為主，惟本書所作各種研析，頗多個人意見，尤以主客觀訴之合併部分，更不敢自以為是，一得之愚，絕非標準答案，仍祈高明有以教我。

司法周刊同仁對上述專欄之連載，協助頗多，而本書文稿之抄繕與資料之整理，全賴內子洪惠慈女士之辛勞，均併附記，以表謝意。

楊 建 華

七十四年五月
於司法院

問題 研究 民事訴訟法 (二) 目錄

壹、分公司之當事人能力與當事人適格·····	一
貳、當事人不適格與爲訴訟標的法律關係存否之判斷·····	七
參、請求就共有土地爲所有權移轉登記之共同訴訟·····	一二
肆、爲訴訟所必要之允許·····	二〇
伍、第五十四條之共同訴訟與本訴訟之關係·····	二六
陸、共同訴訟之主觀要件·····	三一
柒、訴訟代理人與送達代收權·····	三七
捌、訴訟代理權授與之證明·····	四三
玖、因參加訴訟所生費用之負擔·····	四九
拾、訴訟救助程序中非顯無勝訴之望之認定·····	五五
拾壹、起訴書狀未記載原告正確住居所或事務所、營業所時之處理·····	六一
拾貳、聲請回復原狀之處理及對於原判決確定力之影響·····	六六

拾叁、裁判送達後訴訟程序之當然停止·····	七二
拾肆、擬制的合意停止訴訟程序·····	七八
拾伍、訴之要素相互間之關連性與補充判決·····	八三
拾陸、各審級之訴訟繫屬·····	八九
拾柒、「職權調查」與「職權調查證據」·····	九四
拾捌、欠缺訴訟成立要件之裁定與「訴訟判決」·····	一〇〇
拾玖、當事人不適格或無保護之必要與訴權學說·····	一〇五
貳拾、將來給付之訴·····	一一一
貳壹、請求計算及因該法律關係應為給付之訴之合併·····	一一八
貳貳、確認法律關係「成立或不成立」與「存在或不存在」應如何區分·····	一二四
貳叁、地政機關之調處對於民事訴訟之影響·····	一三一
貳肆、單純訴之合併與他種類型客觀訴之合併之混合·····	一三七
貳伍、訴之變更、追加經裁定駁回，抗告法院認抗告有理由時之處置·····	一四二
貳陸、消極確認之訴之舉證責任·····	一四八
貳柒、未請求繼續審判之無效和解·····	一五三
貳捌、中間判決制度之檢討·····	一五九

貳玖、裁判之對象與判決主文之記載·····	一六五
叁拾、不真正連帶債務判決主文之記載·····	一七〇
叁壹、願供擔保請宣告假執行或免爲假執行·····	一七六
叁貳、抵銷抗辯尙未裁判確定前，得否再行起訴·····	一八一
叁叁、「爭點效」理論在實務上之採用·····	一八七
叁肆、增減給付或變更法律行爲效果之訴之性質·····	一九六
叁伍、如何於判決書中認定既判力之客觀範圍·····	二〇一
叁陸、部分共有人請求回復共有物之判決及於他共有人之效力·····	二〇七
叁柒、捨棄上訴權與撤回上訴之判決確定時期·····	二一二
叁捌、上訴權之一部捨棄或上訴之一部撤回與判決確定·····	二一九
叁玖、第二審上訴之利益·····	二二六
肆拾、訴訟外撤回上訴之合意·····	二三二
肆壹、下級法院爲終局裁判後，尙未繫屬於上級法院前，得爲之訴訟行爲·····	二四〇
肆貳、第二審法院得否準用第二百四十九條第二項不經言詞辯論而爲判決·····	二四六
肆叁、於第二審擴張或減縮起訴之聲明·····	二五二
肆肆、於第二審擴張起訴聲明其判決主文之記載·····	二五七

肆伍、於第二審減縮起訴聲明其判決主文之記載	二六三
肆陸、於第二審爲訴之追加後撤回上訴之效果	二六八
肆柒、於第二審爲訴之變更後得否撤回上訴	二七三
肆捌、對待給付判決之上訴	二七九
肆玖、因不合法駁回起訴或上訴之裁定送達前補正欠缺之效力	二八九
伍拾、附帶上訴與第二審訴之變更追加或提起反訴	二九五
伍壹、一部終局判決之第三審上訴	三〇一
伍貳、違背專屬管轄得否以之爲再審理由	三〇七
伍參、再審之訴之訴訟標的	三一二
伍肆、再審理由與新舊訴訟標的理論	三一六
伍伍、再審之訴本身之訴訟標的與本案原訴訟標的之相互依存關係	三二一
伍陸、再審程序中起訴之撤回	三二七
伍柒、對於再審之訴之確定終局判決提起再審之訴	三三二
伍捌、上訴第三審補提理由書之期間	三三八
伍玖、抗告或再爲抗告於最高法院，得否提出新事實及證據	三四四
陸拾、限制抗告於第三審法院之範圍(上)	三五〇

陸壹、限制抗告於第三審法院之範圍（下）	三五六
陸貳、支付命令金額誤寫之更正	三六二
陸叁、支付命令之一部異議	三六七
陸肆、民法親屬編夫妻財產制部分之修正及於程序法之影響	三七三
陸伍、協議離婚應爲戶籍登記得否提起給付之訴	三七八
陸陸、民法親屬編之修正，關於結婚事實舉證責任在法律上之推定	三八五
陸柒、婚姻無效之訴與確認婚姻不成立之訴	三八八
陸捌、民法親屬編將得撤銷之「重婚」，修正爲無效婚及於程序法之影響	三九四
陸玖、以重婚爲原因提起婚姻無效之訴之舉證責任	三九九
柒拾、民法親屬編修正前之重婚仍得提起撤銷婚姻之訴	四〇四
柒壹、訴訟上和解離婚之效力	四〇九
柒貳、婚姻事件得斟酌當事人所未提出事實之範圍	四一四
柒叁、婚姻事件更行起訴之限制	四一九
柒肆、親屬編修正後離婚之訴之訴訟標的	四二五
柒伍、收養子女裁定認可程序爲非訟事件	四三一
柒陸、民法親屬編收養子女部分之修正及於程序法之影響	四三六

柒柒、民法親屬編否認子女部分之修正及於程序法之影響·····	四四二
柒捌、民法親屬編認領子女部分之修正及於程序法之影響·····	四四五
柒玖、拋棄繼承事件之處理·····	四四九
捌拾、無人承認之繼承在程序上之處理·····	四五五

壹、分公司之當事人能力與當事人適格

問 題

原告甲以大華企業股份有限公司高雄分公司為被告，主張曾與該公司法人訂立買賣契約，訴請給付買賣價金，被告抗辯分公司並無訂立買賣契約之權，該契約係與設立在臺北之本公司所簽訂，分公司就非其業務範圍內之事項涉訟，依最高法院四十年臺上字第三九號判例意旨，應無當事人能力。其抗辯有無理由？法院應如何處理？

一、承認分公司有當事人能力，乃訴訟法上便宜辦法，其主體應仍為單一公司法人

公司得設分公司，在公司法上並無直接規定，僅於各類公司章程相對記載事項中，規定「設有分公司者，其所在地」或「分公司之設立」（公四一17後段、一〇一16後段、一三〇11）。另於同法第三條第二項後段規定「所稱分公司，為受本公司管轄之分支機構」。其分公司之設立程序，則於同法第三百八十九條、第三百九十九條至第四百零一條定有明文。此外，外國公司如須在中國境內營業，於依法定程序申請認許時，依公司法第三百七十一條及第三百七十二條之規定，亦應設立分公司，並應在中國境內指定其訴訟及非訴訟之代理人，並以之為在中國境內

之公司負責人。

公司雖得設立分公司，但分公司僅爲本公司管轄之分支機構，其爲法人之權利主體仍爲單一，並非「法人之下，另有法人」，故分公司與本公司在法律上應屬一體而不可分割（註一）。惟在民事訴訟程序中有無當事人能力，與實體法上有無權利能力，乃屬不同之觀念，故民事訴訟法承認非法人之團體，亦有當事人能力，實務上爲謀訴訟之便利，認分公司具有當事人能力者，亦係在程序上承認其具有當事人之資格，非可解爲另有獨立之人格，而爲各別之權利主體。

二、最高法院判例以是否在分公司業務範圍內之事項涉訟，爲當事人能力之標準，似值商榷

承認分公司有當事人能力，係基於最高法院四十年臺上字第三九號判例，該判例有謂：「分公司係由總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力」（四十年臺上字第一〇五號判例前段意旨相同）。此項判例所稱之「獨立」機構，與公司法第三條明文規定爲「分支」機構，顯然不符，已有不夠嚴謹之處。其易使人誤解者，爲「就其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力」，以是否在「業務範圍內」爲決定當事人能力之標準，其意似謂不在分公司業務範圍內者，即無當事人能力，此項論斷，在法理上顯屬無據。蓋以當事人能力，乃一般得爲訴訟法律關係主體之能力，專依本身之屬性定之，於此一訴訟程序有當事人能力，在彼一訴訟程序亦有當事人能力，不能就具體訴訟依特定訴訟標的之法律關係，分別決定之（註二）。以是否在公司業務範圍內涉訟，以決定該分公司有無當事人能力，則勢必斟酌具體訴訟爲訴訟標的

之法律關係，顯與當事人適格混淆不清。上述判例之用語，自尙有待商榷。

三、以分公司名義起訴或被訴，依原告之主張，如非該分公司業務範圍內事項，應爲當事人不適格

如前所述，當事人能力係就訴訟一般存在，不以特定訴訟標的之法律關係定之，具有當事人能力者，在任何訴訟均有當事人能力；而當事人適格，係指某訴訟當事人就特定訴訟標的之法律關係，有實施訴訟之權能，觀念上原爲兩事（註三）。欠缺當事人能力者，以其起訴程序不合法，依民事訴訟法第二百四十九條第一項第三款裁定駁回之。欠缺當事人適格者，依實務上所採具體訴訟說之見解，係認其權利保護要件有欠缺，以判決駁回之（註四）。如認分公司有當事人能力，在任何訴訟應均有以分公司名義爲原告或被告之資格，不因各個具體訴訟之訴訟標的不同而有異，訴訟成立要件之欠缺與權利保護要件之欠缺，在法律上應有區分。是否屬分公司業務範圍內之事項涉訟，必須於具體訴訟就爲訴訟標的之法律關係個別觀察；如依原告之主張，其屬於該分公司業務範圍內之事項者，該分公司即有實施訴訟之權能，而爲當事人適格，若依原告之主張，不在該分公司業務範圍內者，該分公司就該訴訟標的，即無實施訴訟之權能，而爲當事人不適格，均與當事人能力無關。

四、分公司之業務範圍，在公司法上並無明確劃分，於當事人適格，須依原告於具體訴訟主張之訴訟標的定之

公司是否設立分公司，乃公司章程中相對記載事項，已如前述。各個分公司之業務範圍如何，公司法中並無明確規定，分公司登記事項中，亦無分公司業務範圍之登記（公三九九）。斟酌分公司乃受本公司管轄之分支機構，分公司所營事業固當以公司章程並為登記者為準（公一五一、四一四二、一〇一四二、一二九二），惟分公司之業務與本公司或其他分公司之間，應如何劃分，乃為公司之內部事項，如於章程中規定者，乃為章程中任意記載事項，當然發生法律上之效力（註五），其未於章程記載者，當視公司內部之規定與為訴訟標的之法律關係定之。

分公司之當事人適格，固得參酌公司章程之記載與公司之內部規定決之，惟不以此為限，祇須依原告起訴主張其為訴訟標的法律關係之主體，或雖非法律關係之主體，而就該法律關係有管理權或處分權者，當事人即為適格（註六）。但分公司乃公司之分支機構，其訴訟標的法律關係之主體，實質上仍為公司法人之整體，故此一情形，認定是否為法律關係主體或有無處分權、管理權，不得不從形式上觀察，例如分公司為原告，起訴主張被告向該分公司買受貨物請求給付買賣價金，自屬當事人適格。若分公司起訴主張被告係向本公司或其他分公司買受貨物，而非向出名為原告之分公司買受貨物，而請求給付價金者，如係請求判決向該為原告之分公司給付（主張分公司有權請求給付），依最高法院三十一年十一月十九日民刑庭總會決議意旨，此種情形仍不外以該分公司對被告之給付請求權為訴訟標的，自係欠缺為訴訟標的法律關係要件，而非欠缺當事人適格要件（註七）。如該分公司請求判決向本公司或其他分公司為給付，始為當事人不適