

113 年公務人員特種考試司法人員考試試題

類 別：司法人員

等 別：四等考試

類 科：執行員

科 目：民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要

林翔/墨笛老師

一、乙向甲商借新臺幣（下同）1000 萬元，甲應允並交付現金於乙，清償期屆至時，乙遲不歸還；借貸期間乙遭丙毆打，乙丙間達成和解，丙願支付 100 萬元之賠償金，但丙並未依和解內容給付，乙亦消極不向丙為主張，甲乃依民法第 242 條提起代位訴訟，試問：

1. 甲提起代位訴訟，應列何人為被告？（10 分）
2. 甲提出之代位訴訟，訴之聲明應如何撰寫？（15 分）
3. 代位訴訟進行中，乙得否另訴請求丙給付該 100 萬元之賠償金？（25 分）

1. 《考題難易》：★★★
2. 《解題關鍵》：代位訴訟之基本概念題型，依正課教授之內容作答即可。
3. 《使用法條》or《使用學說》or《重要爭點》：民法§242、最高法院 99 年台抗字第 360 號裁定。

【擬答】：

(一)甲應列丙為被告

查民法第 242 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。」此為民法「債之保全」制度之一。本條所稱「行使其權利」，係指由債權人行使債務人對第三人權利之謂。

又依最高法院 69 年台抗字第 240 號判例：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，為民法第二百四十二條前段所明定。此項代位權行使之範圍，就同法第二百四十三條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。」可知前開代位權行使之範圍包括債權人以自己名義代債務人之地位對第三人提起訴訟。

另依最高法院 113 年度台抗字第 94 號裁定要旨：「又債權人依民法第 242 條規定代位債務人提起訴訟，該訴訟之訴訟標的，仍為債務人對該請求對象即被告之實體法上權利，至上開代位規定，僅為債權人就原屬債務人之權利，取得訴訟上當事人適格之明文，屬法定訴訟擔當之規定，尚非訴訟標的。」可知乙怠於行使對丙之 100 萬元債權，致影響其對甲債務之清償時，甲得以自己名義行使乙對丙之 100 萬元債權，因該法律關係之債務人為丙，故甲代乙之地位以訴訟之方式行使其權利時，自應列丙為被告，當事人始為適格。

(二)甲訴之聲明應為「丙應給付乙 100 萬元，由甲代為受領」

按代位訴訟中之訴訟標的係「債務人對第三人之權利」，故法院判決原告代位訴訟勝訴時，應就該權利存在應有之狀態呈現於判決主文中。另因此類訴訟之原告為行使代位權之債權人，其係基於法定訴訟擔當之資格而提起訴訟，對被告給付之內容僅為暫時保管，該權利仍屬債務人所有，法院於判決其勝訴時，亦應將該訴訟關係記載於主文中。

綜上，本件原告甲起訴時，應聲明：「被告丙應給付訴外人乙 100 萬元，由原告甲代為受領」。

此部分有最高法院 105 年度台上字第 1121 號判決要旨：「又債權人代位債務人起訴請求第三債務人給付，債權人雖有代位受領第三債務人給付之權限，但係指向債務人給付而由債權人代位受領而言，非謂債權人得請求第三債務人直接對自己為清償，債權人如欲以之清償自己對債務人之債權，須另取得執行名義，始得為之」可稽。

(三)乙不得另訴請求丙給付該 100 萬元

公職王歷屆試題 (113 司法特考)

承前所述，債權人提起代位訴訟所主張之訴訟標的仍為債務人對第三人之權利，故第三人理論上應不得於代位訴訟進行中就同一權利另行起訴。惟實務上就此議題仍有不同之見解，茲分述如下：

1. 肯定說：第三人於代位訴訟中「得」就同一訴訟標的另行起訴之見解：

此為最高法院 105 年度台上字第 1121 號判決所採，其內容略為：「按債權人依民法第二百四十二條之規定，代位債務人起訴請求第三債務人給付之訴訟後，債務人自己仍得對第三債務人提起給付之訴訟，兩者並非同一之訴訟；兩訴訟判決結果倘均為原告勝訴之判決，債權人可選擇請求代位訴訟判決之執行或代位請求債務人本人訴訟之判決為執行，一判決經執行而達其目的時，債權人之請求權消滅，其他判決不再執行。」

2. 否定說：第三人於代位訴訟中「不得」就同一訴訟標的另行起訴之見解：

此為最高法院 99 年度台抗字第 360 號裁定所採（113 年台抗字第 94 號裁定、111 年度台上字第 2623 號判決及 109 年度台上字第 3077 號判決均同此意旨），其內容略為：「按債務人怠於行使非專屬其本身之權利，致危害債權人之債權保全時，民法第二百四十二條規定債權人得以自己之名義行使債務人之權利，以資救濟。倘債權人所代位者為提起訴訟之行為，該訴訟之訴訟標的，仍為債務人對該請求對象即被告之實體法上權利，至上開代位規定，僅為債權人就原屬債務人之權利，取得訴訟上當事人適格之明文，即屬法定訴訟擔當之規定，尚非訴訟標的。又於此債權人代位債務人而為原告之情形，其確定判決對於債務人亦有效力，故債務人自己或其他債權人即不得於該訴訟繫屬中，更行起訴而行使同一權利，否則法院應以裁定駁回，此觀民事訴訟法第四百零一條第二項、第二百五十三條、第四百四十九條第一項第七款之規定固明。」

管見認為否定說較為可採，此亦為實務多數見解之立場。蓋肯定說無視代位訴訟為「法定訴訟擔當」之性質，允許債權人及債務人就「同一訴訟標的」分別起訴，除有浪費司法資源，有違訴訟集團現象外，更可能形成裁判歧異，有損司法威信。故該說不足採信。

3. 結論：依最高法院 99 年台抗字第 360 號裁定要旨，於甲代位訴訟進行中，乙不得另訴請求丙給付該 100 萬元之賠償金。

司法四等快速考取

就看

保成 學儒 志光

應屆一年考取

蘇○璋

112司法特考
四等法院書記官

六個月考取

程○涵

112司法特考
四等法院書記官

一年考取

謝○凡

112司法特考
四等法院書記官

一年考取

蘇○慈

112司法特考
四等法院書記官

應屆一年考取

鍾○淇

112司法特考四等
監所管理員(女)

八個月考取

游○亨

112司法特考四等
監所管理員(男)

九個月考取

李○憲

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

羅○男

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

林○俊

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

朱○龍

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

李○杰

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

錢○豪

112司法特考四等
監所管理員(男)

一年考取

邱○珊

112司法特考四等
監所管理員(女)

一年考取

吳○儀

112司法特考
四等執行員

一年考取

朱○慈

112司法特考
四等執達員

一年考取

程○鈴

112司法特考四等
監所管理員(女)

公職王歷屆試題 (113 司法特考)

二、何謂「審判權」？何謂「管轄權」(請分別依事物管轄、土地管轄加以說明)？何謂法定法官原則？何謂管轄恆定原則？(25 分)

《考題難易》★★★

《破題關鍵》法條使用

《使用法條》or《使用學說》刑訴法第 4、5 條

《命中特區》墨笛刑事訴訟法講義上冊

【擬答】

(一) 審判權

審判權又稱司法權係法院對於刑事案件得為審判之權限。因而就刑事訴訟法效力所及之刑事案件，即為審判權所及之案件，普通法院因而具有審判權。

(二) 管轄權

1. 管轄權係法院得行使審判權之範圍(即具體審判權分配)。因法院不只一個，有審級與地域之區別，因而必須解決各個具體刑事案件應分配給那個法院來行使審判權，此即法院之管轄權。又有審判權始生管轄權，亦即法院對具體案件必先有審判權，而後始生管轄權有無之問題，若無審判權，當然也無管轄權。
2. 另管轄權之劃分，以地域決定同級法院間案件分配，稱為土地管轄。刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 5 條規定：案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄(第 1 項)。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，船艦本籍地、航空機出發地或犯罪後停泊地之法院，亦有管轄權(第 2 項)，即為明文規定。
3. 又管轄權之劃分，以案件之性質或輕重，決定有第一審管轄權之法院，稱為事物管轄，刑訴法第 4 條規定：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。但左列案件，第一審管轄權屬於高等法院：一、內亂罪。二、外患罪。三、妨害國交罪，即為明文規定。

(三) 法定法官原則

任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪，此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判。而我國憲法雖未明文規定法定法官原則，然司法院釋字第 665 號解釋已明確闡釋：為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法院之分派案件應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判，並承認法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所蘊含之憲法原則。

(四) 管轄恆定原則

管轄恆定原則，係指管轄權有無以起訴時為準，亦即被告於起訴後，縱使變更其住所，法院管轄並不因此而改變。

三、何謂刑事訴訟法所稱之「不利益變更禁止原則」？此原則之立法目的為何？不利益變更禁止原則有無例外(請依實務上向來之見解舉例說明)？(25 分)

《考題難易》★★★

《破題關鍵》法條及實務見解

《使用法條》or《使用學說》刑訴法第 370 條

《命中特區》墨笛刑事訴訟法講義下冊

【擬答】

(一) 不利益變更禁止原則

不利益變更禁止原則係指被告上訴或為被告之利益而上訴，上訴審法院不得諭知較重於原審判決之刑。此規定於刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 370 條，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限(第 1 項)。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑(第 2 項)。第一項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之(第 3 項)。

(二) 不利益變更禁止目的

公職王歷屆試題 (113 司法特考)

防免被告因畏懼受更不利之判決，而放棄上訴。

(三)不利益變更禁止原則之例外

1. 依刑訴法第 370 條第 1 項但書規定，因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，亦即於原審判決適用法條不當而撤銷時，例外容許加重。
2. 此外，實務見解認為：原審判決適用法條不當，無論刑法總則或刑法分則之法條均包括在內。

3. 相關案例

(1) 緩刑

傳統見解認為無不利益變更禁止原則之適用，但新進實務見解則認為仍有不利益變更禁止原則之適用

(2) 易刑(易科罰金、易服勞役)

傳統見解認為無不利益變更禁止原則之適用，但新進實務見解認為仍有不利益變更禁止原則之適用。

(3) 保安處分

傳統見解認為無不利益變更禁止原則之適用，但新進實務見解認為仍有不利益變更禁止原則之適用。

保成 學儒 志光

司法四等高分年度班

書記官.監所員.法警.執行員.執達員

每年7月~8月

基礎班

正規課前導課程，針對法、學重點科目開課，厚實強化基礎，迅速進入狀況

每年8月~隔年4月

正規班

針對國考重點授課外，更著重邏輯思考與融會貫通，有效奠定法學上榜實力

隔年3月~5月

題庫班

從題目帶觀念，掌握解題訣竅及作答技巧，讓你不只看得懂，更能寫得好。

隔年6月~7月

總複習班

補充最新修法時事，掌握憲判實務見解，考前最後總複習，萬全準備進考場

專任班導師

班級讀書會

國考專題講座

考取生返班

考取生筆記

最強輔考資源

申論作答批閱

考前線上模擬考

專屬自修教室

司法全真模考

二試體測講座