

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

一、甲對乙起訴，聲明求為判令乙給付丙新臺幣（下同）50萬元，並由甲代位受領，事實及理由陳述略為：乙於105年10月1日向丙借貸50萬元，雙方約定3年後返還，迄今尚未償還，因丙怠於行使其對乙之該借款返還請求權，而甲對丙有100萬元價金債權，故代位提起本件訴訟。試問：

- (一)在本件訴訟繫屬中，如丙另外對乙起訴，請求判令乙給付丙50萬元，主張乙於105年10月1日向丙借款50萬元，約定3年後返還，至今猶未返還，乙則抗辯丙所訴與甲所訴兩者為同一事件，違反重複起訴禁止原則，法院應如何處理？（20分）
- (二)本件訴訟如經第一審法院判決甲敗訴，在該訴訟程序未參加訴訟之丙，得否對此判決聲明不服？（15分）
- (三)本件訴訟如經法院判決甲勝訴並告確定，丙得否持該判決聲請法院對乙為強制執行？（15分）

試題評析	本題為代位訴訟之經典考題，屬於傳統爭點，同學應不陌生！第一小題首要須將代位訴訟之性質，即是否為「法定訴訟擔當」之爭點列出，並採取通說肯認屬於法定訴訟擔當作結。後續之第二、三小題，皆須延續先前所採之法定訴訟擔當說，即可推出結論。
考點命中	《高點・高上民事訴訟法講義》第二回，呂律師編撰，頁20-22。

答：

本題涉及代位訴訟之訴訟標的如何認定及代位訴訟之性質等相關爭點，茲分述如下：

(一)受訴法院應認丙後訴起訴違背民事訴訟法(下稱本法)第253條重複起訴禁止之規定，依本法第249條第1項第7款規定裁定駁回債務人丙之後訴：

1.學說實務對代位訴訟及其判決對於債務人之效力，向有如下不同看法：

(1)非法定訴訟擔當說：

「甲起訴主張乙將某地應有部分出賣與丙，經丙將其轉賣與甲，由於丙怠於行使權利，因而代位請求乙應將某地所有權之應有部分移轉登記與丙，於第二審言詞辯論期日前，丙復對乙提起上開土地所有權應有部分移轉登記之訴，似此情形，甲(債權人)代位丙(債務人)對乙(第三債務人)提起之訴訟，與丙自己對乙提起之訴訟，並非同一之訴(參照本院二十六年渝上字第三八六號判例)。又甲前既因丙怠於行使權利而已代位行使丙之權利，不因丙以後是否繼續怠於行使權利而影響甲已行使之代位權，故甲之代位起訴，不限制丙以後自己之起訴，而丙自己以後之起訴，亦不影響甲在前之代位起訴，兩訴訟判決結果如屬相同而為原告勝訴之判決，甲可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，一判決經執行而達其目的時，債權人之請求權消滅，他判決不再執行。兩訴訟之判決如有歧異，甲亦可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，其利益均歸之於丙。」(最高法院67年度第11次民事庭庭推總會議決議參照)

此說認為代位訴訟中，債權人與第三債務人進行訴訟之結果，就債務人之權利存否為判決時，其既判力不應及於債務人。故倘若債務人自行對第三債務人提起後訴，亦不生重複起訴之問題，且前後兩訴之訴訟標的不同故可以併存(代位訴訟之訴訟標的為債權人所享有之民法第242條代位權，債務人對第三人債務人所提之後訴，訴訟標的則為債務人對第三人債務人之請求權)。倘最終判決結果歧異，債權人可選擇對債務人有利之判決，對第三債務人執行。

(2)法定訴訟擔當說：

「惟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，此關民事訴訟

法第四百零一條第二項、第二百五十三條、第二百四十九條第一項第七款之規定固明。惟倘債權人代位提起之前訴訟經撤回，而後訴訟尚未經駁回時，後訴訟之程序上瑕疵即告治癒，法院自不得再以後訴訟不合法為由，裁定駁回之。」(最高法院99年台抗字第360號裁定參照)

本說則認民法第242條係為保全債權人之債權，於符合法定條件下，容許債權人以自己名義行使債務人之權利。是以，倘若債權人以訴訟方式為之，其係未經債務人同意或授權而就該債務人之權利有「訴訟實施權」，性質上即屬「法定訴訟擔當」。準此，債權人先代位債務人起訴，債務人再對第三人債務人提起後訴，應認前後兩訴為同一事件，受訴法院應以後訴起訴違背本法第253條重複起訴禁止之規定，依本法第249條第1項第7款規定裁定駁回債務人之後訴。

2.本件前後二訴為同一事件，受訴法院應認丙後訴起訴違背本法第253條重複起訴禁止之規定，並依本法第249條第1項第7款規定裁定駁回債務人丙之後訴：

上開二說，基於訴訟經濟原則、防止裁判矛盾，並避免第三人債務人受多重訴追之不公平，應採「法定訴訟擔當說」，此亦為學界實務通說。準此，於本件訴訟繫屬中，如債務人丙另外對第三債務人乙提起後訴，本件前後二訴即為「同一事件」，受訴法院應以丙後訴起訴違背本法第253條重複起訴禁止之規定，復依本法第249條第1項第7款規定裁定駁回債務人丙之後訴。

3.小結：

綜上，受訴法院應認丙後訴起訴違背本法第253條重複起訴禁止之規定，並依本法第249條第1項第7款規定裁定駁回債務人丙之後訴。

(二)未參加訴訟之丙，不得對該判決聲明不服：

按所謂之「法定訴訟擔當」，係指法律有特別明文規定，第三人得因職務上或其他特殊原因取得訴訟實施權，就他人之權利義務為管理處分而以自己名義進行訴訟者而言。故於法定訴訟擔當之型態中，實際擔當他人進行訴訟者並非訴訟標的法律關係歸屬主體，但具本案當事人適格(訴訟實施權)；反之，真正訴訟標的法律關係歸屬主體，卻無親自實施訴訟之權能(訴訟實施權)，不具本案當事人適格。

查本件為代位訴訟型態，其性質若依前開所採「法定訴訟擔當說」，於第一審法院判決擔當人甲(債權人)敗訴，在該訴訟程序未參加訴訟之被擔當人丙(債務人)，因其不具本案當事人適格(訴訟實施權)，自不得對此判決聲明不服。

(三)丙得持該判決聲請法院對乙為強制執行：

「確定之本案終局判決有執行力者，以給付判決為限，若確認判決則雖為確認請求權存在之判決，亦無執行力。」最高法院26年度渝抗字第51號民事裁定參照。

承前，若認民法第242條規定之代位訴訟性質上屬「法定訴訟擔當」，則債務人丙為實質當事人，依本法第401條第2項規定，本件訴訟如經法院判決甲(形式當事人)勝訴並告確定，既判力自及於被擔當人(實質當事人)丙。又確定之給付判決既有執行力，丙自得持該確定判決聲請法院對乙為強制執行，且執行法院此際應逕將執行案款依執行名義分配予債務人丙即可，無須再將執行所得分配予債權人甲由其代位受領，併此敘明。

【參考書目】

許恒輔律師(2020)，《民事訴訟法上》，高點文化，頁3-85～3-90。

二、張三於高雄市竊取某人的筆記型電腦，於臺南市碰到友人李四。李四明知該電腦係張三竊得，但因貪小便宜，仍付錢買下。東窗事發後，臺南地方檢察署檢察官起訴李四犯故買贓物罪嫌，並起訴張三犯竊盜罪嫌。試問，臺南地方法院得否為實體審理及判決？請附理由詳細說明之。(25分)

試題評析	本題涉及牽連管轄之考點，須提醒同學特別注意的是，依據刑事訴訟法第7條第4款之規定，贓物罪係竊盜罪之相牽連案件，而竊盜罪非贓物罪之相牽連案件，故若法院受理之本罪係屬於贓物罪時，則此時不能依照牽連管轄之規定合併管轄審判竊盜罪，故僅要注意此法條之小細節，即可抓住本題之考點。本題亦與老師正課講義中之試題，幾乎一樣，勤做考題絕對是考出高分之必備條件！
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第一回，劉律編撰，頁40-42。

2.《高點·高上刑事訴訟法講義》第一回，劉律編撰，頁131，經典試題第二題。

答：

臺南地方法院不得合併管轄審判竊盜罪

- (一)按案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第5條定有明文，乃以土地區域定案件管轄之標準。蓋犯罪地與犯罪直接相關，易於調查證據，有助審判之進行，而被告之住所、居所或所在地則便利被告出庭，均適於作為管轄之原因，並可客觀合理分配法院管轄之事務。而**刑事訴訟法第6條規定就數同級法院管轄之相牽連案件，得合併由其中一法院管轄，重在避免多次調查事證之勞費及裁判之歧異，以符合訴訟經濟及裁判一致性之要求**。同法第15條規定上開第6條所規定之案件，得由一檢察官合併偵查或合併起訴，其理亦同。此雖不免影響被告出庭之便利性，然相牽連案件之合併審判或合併偵查、起訴，須經各該法院或檢察官同意，否則須由直接上級法院裁定或上級檢察署檢察長命令行之，同法第6條第2項、第15條亦分別定有明文，並非恣意即可合併審判或偵查、起訴，又刑事訴訟法第7條各款規定之相牽連案件，不以直接相牽連為限(最高法院107年台上字第764號刑事判決參照)。
- (二)次按刑事訴訟法第7條規定：「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」其立法目的在於兼顧訴訟經濟性。
- (三)經查，張三於高雄市竊取某人的筆記型電腦，構成竊盜罪，犯罪地為高雄，故依照刑事訴訟法第5條第1項高雄地院具有管轄權，另外，李四明知該電腦係張三竊得，但因貪小便宜，仍於台南付錢買下，構成贓物罪，該犯罪地為台南，故依照刑事訴訟法第5條第1項台南地院具有管轄權。倘若竊盜罪係屬於本罪，而贓物罪即是相牽連之案件，故得由本罪(即竊盜罪)之法院取得合併管轄權，亦即應由高雄地院合併管轄。
- (四)揆諸前揭說明，臺南地方檢察署檢察官起訴李四犯故買贓物罪嫌，並起訴張三犯竊盜罪嫌，臺南地方法院不得合併管轄審判竊盜罪，蓋竊盜罪實非刑事訴訟法第7條第4款「犯與本罪有關係之贓物各罪者」，亦即竊盜罪非贓物罪之相牽連案件。

三、現行犯張三被逮捕後，被移送至警察局。連續詢問三日後，移送至地檢署。檢察官訊問後，認張三犯罪嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞，遂向法院聲請羈押。請問，法院應如何裁定？(25分)

試題評析	本題涉及羈押之要件，羈押向來是國考之熱門考點，此題主要測驗考生是否熟稔拘捕前置原則，倘若根本未符合拘捕前置原則之前提要求，則法院亦無須審查是否具有羈押之原因及必要性，故解題須著重拘捕前置原則之論述。本題僅須掌握正課講義中羈押體系表審查即可迅速找出考點！
考點命中	《高點·高上刑事訴訟法講義》第二回，劉律編撰，頁7-11。

答：

檢察官羈押之聲請不合法，法院應裁定駁回檢察官羈押之聲請。

- (一)按現行刑事訴訟法採**所謂的拘捕前置原則主義**，主張必經合法之拘提逮捕程序，始得聲請羈押，否則羈押之聲請即不合法，此一原則乃由**憲法第8條**規定而來，因人民涉嫌犯罪，須先經拘捕程序，始有移送法院審查其拘捕是否合法及有無羈押之必要。惟審判中，無論是一般性之羈押或預防性之羈押，如經法官訊問後，認被告有重大之犯罪嫌疑及刑事訴訟法第101條第1項、第101條之1第1項之法定事由，暨有羈押之必要時，即得予以羈押，無庸先論知逮捕。
- (二)次按刑事訴訟法第92條第2項規定：「**司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官**。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。」
- (三)再按刑事訴訟法第93條規定：「被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，**應即時訊問(第1項)**。偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，**應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與羈押之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，聲請該管法院羈押之**。但有事實足認為湮

滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞之卷證，應另行分卷敘明理由，請求法院以適當之方式限制或禁止被告及其辯護人獲知(第2項)。」

- (四)經查，現行犯張三被逮捕後，被移送至警察局連續詢問三日後，始移送至地檢署，顯見其未立即解送檢察官，且偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內聲請羈押，惟張三於現行犯逮捕後移送至警察局連續詢問三日，無論從形式上起算24小時之限制或實質上觀察人民之人身自由何時遭受拘束時起算24小時之限制，均已逾越24小時之期限，故不合乎拘捕前置原則。
- (五)揆諸前揭說明，因不合乎拘捕前置原則，故檢察官羈押之聲請不合法，是法院無須審查羈押之原因與必要性，法院應裁定駁回檢察官之羈押聲請。

高點
·
高上

【版權所有，重製必究！】