

# 《強制執行法》

一、第二審民事判決命：「乙應給付甲新臺幣（下同）300 萬元，於甲為乙提供擔保 100 萬元後得為假執行」，甲依該判決為乙提存擔保金 100 萬元後，聲請執行法院對乙之財產強制執行，經執行法院查封拍賣乙所有 A 地，由丙以 300 萬元拍定，丙繳足價金後，取得執行法院核發之權利移轉證書；執行法院並依稅捐機關核定 A 地之土地增值稅 50 萬元作成發款試算表，於扣除應發給稅捐機關之土地增值稅 50 萬元後，其餘 250 萬元應發給甲，惟上開款項均尚未發出之際，乙向執行法院聲明該假執行判決業經第三審改判發回，並提出最高法院判決正本，主文記載：「原判決除假執行部分外廢棄，發回○○高等法院」。試問：

（一）執行法院應如何處理？（15 分）

（二）設尚有其他債權人參加分配，執行法院已作成分配表，甲分配 50 萬元，定期民國 109 年 5 月 20 日實施分配，乙於分配期日到場，始提出上開第三審判決正本，當場陳述對分配予甲部分聲明異議，執行法院應如何處理？（10 分）

答題關鍵	第（一）小題之考點橫跨「強制執行法」及「民事訴訟法」，考生須對於民事訴訟法關於「假執行裁判」之相關規定及實務見解有所掌握，始能完整作答。此外，考生尚須就「強制執行之終結」概念有所理解；第（二）小題部分，考生僅須掌握強制執行法第 39 條第 1 項之規定，即可輕鬆應對。
考點命中	1.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 11~12。 2.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 69。 3.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 112。

## 【擬答】

（一）執行法院應如何處理？

1. 按民事訴訟法第 395 條第 1 項規定：「假執行之宣告，因就本案判決或該宣告有廢棄或變更之判決，自該判決宣示時起，於其廢棄或變更之範圍內，失其效力。」又最高法院 89 年度台上字第 959 號民事判決已明揭：「在第二審法院所為宣告假執行之判決，依民事訴訟法第 458 條規定，當事人就假執行之裁判宣示部分不得聲明不服。但若上訴結果，本案判決經第三審法院廢棄或變更者，無論廢棄後第三審法院自行改判或發回更審，原第二審判決所附假執行宣告，亦因本案判決之廢棄或變更，在廢棄或變更範圍內失其效力。查，原審更審前之裁判，對被上訴人勝訴之判決，固有假執行宣告，且該假執行之判決因不得聲明不服，故本院前次發回判決載『除假執行宣告外』廢棄，惟該假執行宣告亦因本案判決經廢棄，在廢棄範圍內失其效力。是原判決對被上訴人勝訴部分，諭知假執行宣告，於法有據。」故於本件，乙所提出之最高法院判決主文固記載：「原判決『除假執行部分外』廢棄」，惟依上開法律規定及實務見解之意旨，本件第二審民事判決既經最高法院廢棄，其「假執行宣告」部分亦在廢棄範圍內失其效力，合先敘明。

<sup>2</sup>承上，假執行裁判失其效力時，若执行程序尚未終結，執行法院應停止執行，並撤銷已為且尚未終結之執行處分；惟若执行程序業已終結，則不得撤銷，須另有執行名義，執行法院始得回復執行前之原狀。<sup>註 1</sup>

3. 於本件，依題意，於執行法院將剩餘拍賣價金 250 萬元發給甲前，系爭假執行裁判已失其效力，則此時債權人甲之債權尚未獲得滿足，「執行名義」之执行程序（即「整個」执行程序）尚未終結，揆諸上開說明，執行法院應停止執行，並撤銷已為且尚未終結之執行處分。

4. 結論：

執行法院應停止執行，並撤銷已為且尚未終結之執行處分。

（二）設尚有其他債權人參加分配，執行法院已作成分配表，甲分配 50 萬元，定期民國 109 年 5 月 20 日實施分配，乙於分配期日到場，始提出上開第三審判決正本，當場陳述對分配予甲部分聲明異議，執行法院應如何處理？

1. 按強制執行法第 39 條第 1 項規定：「債權人或債務人對於分配表所載各債權人之債權或分配金額有不同意者，應於分配期日一日前，向執行法院提出書狀，聲明異議。」據此，債權人或債務人欲對於分配表

<sup>註 1</sup> 張登科，《強制執行法》，中華民國 108 年 8 月修訂，頁 45-46。

所載各債權人之債權或分配金額「聲明異議」者，應於「分配期日一日前」為之，否則即非合法。

2. 故於本件，債務人乙係於「分配期日」當日始提出上開第三審判決正本，當場陳述對分配予甲部分聲明異議，未符合前開強制執行法第 39 條第 1 項規定之要件，自非合法，執行法院應駁回其異議之聲明。
3. 結論：  
債務人乙之聲明異議並非合法，執行法院應駁回之。

二、債權人甲以支付命令暨該支付命令確定證明書為執行名義，聲請執行法院對債務人乙所有之財產強制執行，嗣經執行法院強制執程序進行至：(一)查封 A 地尚待拍賣；(二)查封之 A 車，已由丙拍定交付予丙，拍賣所得價款亦交付甲受領完畢；(三)扣押乙在 B 郵局專為領取國民年金所開立之專戶內存款，已由執行法院就該扣押之存款債權，對甲核發移轉命令（依國民年金法第 55 條第 3 項規定，該專戶內之存款不得作為強制執行之標的），乙及第三人 B 郵局均已收受該移轉命令之送達。此際，乙以本件支付命令未向其合法送達為由，向執行法院聲明異議，聲請撤銷上開全部執行處分，經執行法院調查結果，該支付命令確未合法送達予乙。試問：執行法院對該聲明異議應如何處理？請附理由說明之。(25 分)

答題關鍵	本題為傳統結合「強制執行之救濟」及「強制執行之終結」二大考點之題目，考生除應熟悉相關法條之規定，更須充分掌握司法院院字第 2776 號解釋之內容，始能從容應對。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 9。</li> <li>2.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 73~76。</li> <li>3.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 67~71。</li> <li>4.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 170~171。</li> <li>5.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 165。</li> </ol>

【擬答】

- (一)按最高法院 81 年台抗字第 114 號民事判例已明揭：「強制執行應依執行名義為之，執行法院對於執行名義是否有效成立，自應加以審查。未確定之支付命令，不備執行名義之要件，其執行名義尚未成立，執行法院不得據以強制執行。」未經合法送達之支付命令無從確定，不備執行名義之要件，故於本件，就系爭執行名義（支付命令）是否有合法送達於債務人乙，執行法院自應加以審查，合先敘明。
- (二)次按，強制執行法第 12 條第 1 項規定：「當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法官、書記官、執達員實施強制執行之方法，強制執行時應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，得於強制執程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。」又未確定之支付命令，不備執行名義之要件，其執行名義尚未成立，執行法院不得據以強制執行，業如前述，若執行法院誤予准許執行，其執行即屬違法，當事人得於「強制執程序終結前」，依上開強制執行法第 12 條第 1 項規定聲明異議。
- (三)承上，惟應注意者係，就上開強制執行法第 12 條第 1 項規定所稱「強制執程序終結前」，司法院院字第 2776 號解釋有明確闡釋：「……同法第十二條第一項所謂強制執程序終結，究指強制執程序進行至如何程序而言，應視聲請或聲明異議之內容，分別情形定之，例如以動產及不動產為執行標之物之強制執行，對於動產之強制執程序已終結，而對於不動產之強制執程序未終結時，如債務人主張查封拍賣之動產，為法律上禁止查封之物，聲明異議，則同條項所謂強制執程序終結，係指對於執行標之物之強制執程序終結而言，如債務人主張，依以強制執行之公證書不備執行名義之要件聲明異議，則同條項所謂強制執程序終結，係指執行名義之強制執程序終結而言，但在後之情形，認聲明異議為有理由之裁定，僅得撤銷對於不動產之執行處分，至於動產之強制執程序，既經終結，其執行處分即屬無從撤銷。」
- (四)於本件，債務人乙係以本件支付命令（執行名義）未向其合法送達為由，向執行法院聲明異議；換言之，乙係以本件執行名義「不備執行名義之要件」為由，聲明異議，則揆諸上開實務見解，前開強制執行法第 12 條第 1 項所稱「強制執程序終結」，於本件即指「執行名義之強制執程序終結」而言，而依題意，債權人甲之本件支付命令所載債權應尚未受到滿足（或領得債權憑證），故該「執行名義之強制執程序」尚未終結，債務人乙應尚得聲明異議，惟若各「對於執行標之物之執程序」（或稱「個別執程序」）業已終結者，則其執行處分即無從撤銷，茲就本件執行法院所為各項執行處分，分別說明如下：

1. 查封 A 地尚待拍賣：

就「A 地」之個別執程序而言，因法院尚未拍賣，自亦無從將拍賣價金交付債權人甲，則其個別執行

程序尚未終結，執行法院得撤銷其執行處分。

2. 查封之 A 車，已由丙拍定交付予丙，拍賣所得價款亦交付甲受領完畢：

就「A 車」之個別執行程序而言，因執行法院業已將拍賣所得價款交付債權人甲，則其個別執行程序業已終結，執行法院不得撤銷其執行處分。

3. 扣押乙在 B 郵局專為領取國民年金所開立之專戶內存款，已由執行法院就該扣押之存款債權，對甲核發移轉命令，乙及第三人 B 郵局均已收受該移轉命令之送達：

(1) 按扣押之債權因法院核發「**移轉命令**」，即由債務人移轉與債權人，具有「代物清償」之性質，該執行債權於移轉範圍內因清償而消滅（最高法院 100 年度台抗字第 522 號民事裁定參照）。據此，於核發「移轉命令」之情形，其對於該債權之「個別執行程序」，於該移轉命令生效時（原則上為該「移轉命令」送達於第三債務人時，強制執行法第 118 條第 2 項參照），即已終結。

(2) 故於本件，乙及第三人 B 郵局均已收受該移轉命令之送達，揆諸上開說明，該移轉命令業已生效，對於該存款債權之「個別執行程序」亦已終結，執行法院不得撤銷其執行處分。

(3) 惟應注意者係，司法院院字第 2776 號解釋已明揭：「不得執行之財產為執行標的物者。在強制執行程序終結前。債務人固得聲明異議。強制執行程序一經終結。即不得主張其強制執行無效。惟其執行標的物依法律之規定不得讓與者。雖其讓與。係依強制執行為之。亦屬無效。例如強制執行法第一百二十二條所舉債務人對於第三人之債權。即民法第二百九十四條第一項第三款所稱禁止扣押之債權不得讓與於人。執行法院如依強制執行法第一百五條第二項之規定。以命令將此項債權移轉於債權人時。其移轉自屬無效。強制執行程序終結後。債務人對於債權人得主張移轉無效。提起確認該債權仍屬於己之訴。」於本件，依國民年金法第 55 條第 3 項規定，該專戶內之存款不得作為強制執行之標的，則揆諸上開實務見解之意旨，縱然執行法院不得撤銷其執行處分，債務人乙仍得主張移轉無效，提起確認該債權仍屬於己之訴。

(五)結論：

債務人乙應尚得聲明異議，惟不能聲請撤銷上開「全部」執行處分，茲分別說明如下：

1. 查封 A 地尚待拍賣：執行法院得撤銷其執行處分。

2. 查封之 A 車，已由丙拍定交付予丙，拍賣所得價款亦交付甲受領完畢：執行法院不得撤銷其執行處分。

3. 扣押乙在 B 郵局專為領取國民年金所開立之專戶內存款，已由執行法院就該扣押之存款債權，對甲核發移轉命令，乙及第三人 B 郵局均已收受該移轉命令之送達：執行法院不得撤銷其執行處分，惟債務人乙仍得主張移轉無效，提起確認該債權仍屬於己之訴。

三、乙向丙買受丙所有之 A 地 1 筆，所有權尚未移轉登記予乙，茲有乙之債權人甲持金錢債權執行名義，聲請強制執行，請求執行法院就乙基於債權關係對丙有 A 地所有權移轉登記請求權為執行。執行法院乃依強制執行法第 116 條第 1 項規定，核發扣押命令，禁止乙本於其對丙之 A 地所有權移轉登記請求權為收取或其他處分，並禁止丙移轉 A 地所有權於乙。同時亦依同法第 11 條第 1 項規定函請 A 地管轄地政事務所登記該扣押事由，乙、丙收受上開扣押命令及地政事務所函復辦畢登記事由後，試就下列情形，分別敘明理由回答之：

(一)丙將 A 地另售予丁，並向該管地政機關辦畢 A 地所有權移轉登記予丁。試問：丙之行為有無違反上開扣押命令效力暨執行人員應否向檢察機關舉發丙涉犯民國 108 年 5 月 29 日修正增訂之刑法第 139 條第 2 項、第 1 項規定之妨害公務罪嫌？（刑法第 139 條第 2 項：為違背公務員依法所發具扣押效力命令之行為者，亦同）。（15 分）

(二)設有丙之債權人戊持對丙之金錢債權執行名義，聲請強制執行仍登記於丙名下之 A 地，執行法院應如何處理？（10 分）

答題關鍵	本題主要在測驗考生對於強制執行法第 116 條規定及其相關爭議之掌握程度，並結合新修正之刑法規定出題。
考點命中	1.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 174~175。 2.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 50~51。

【擬答】

(一)丙之行為有無違反上開扣押命令效力暨執行人員應否向檢察機關舉發丙涉犯民國 108 年 5 月 29 日修正增訂

之刑法第 139 條第 2 項、第 1 項規定之妨害公務罪嫌？

1. 按雖有不同見解，惟通說認為，就強制執行法第 116 條第 1 項所定交付或移轉請求權經扣押後，第三債務人固不得將該請求權之標的物交付債務人，但第三債務人仍得處分該標的物；換言之，該扣押命令不生禁止第三人處分該標的物之效力，蓋扣押命令係以請求權為執行對象，禁止第三債務人交付或移轉債務人，並非對該標的物本身禁止處分，故扣押命令後交付或移轉前，第三債務人仍得對該標的物為處分，惟如因第三債務人之處分行為，應對債務人負損害賠償義務者，則債權人可聲請扣押損害賠償請求權<sup>註 2</sup>，合先敘明。
2. 次按，刑法第 1 條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」此即「罪刑法定主義」之規定，基本上乃禁止對於刑法規定之類推適用。又刑法第 139 條規定：「損壞、除去或污穢公務員依法所施之封印或查封之標示，或為違背其效力之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或二十萬元以下罰金。（第 1 項）為違背公務員依法所發具扣押效力命令之行為者，亦同。（第 2 項）」其民國 108 年 5 月 29 日修正之修正理由謂：「依司法實務見解，本罪之成立須以公務員依法施以封印或查封之標示者為要件，係對動產或不動產之保全，惟保全執行之標的為債權或物權時，其執行方式係以發扣押命令為禁止收取、清償、移轉或處分等方式為之，如有違反此類扣押命令禁止處分之效力，其侵害國家公務之行使，與違背封印或查封標示效力之情形並無不同，原條文未納入處罰，顯有未周。公務員依法所發具扣押效力命令，例如依強制執行法或刑事訴訟法，亦有如消費者債務清理條例第十九條第五項、行政執行法第二十六條、行政訴訟法第二百零六條第二項等準用強制執行法規定，為違背其效力之行為者，應同受規範納入處罰，爰增訂第二項規定，明定對於公務員依法所發具扣押效力之命令，所為違背效力之行為，亦應受規範，其法定刑與第一項相同。」
3. 於本件，執行法院乃依強制執行法第 116 條第 1 項規定，核發「扣押命令」，並未就 A 地「施以封印或查封之標示」，自無上開刑法第 139 條第 1 項規定之適用；又該「扣押命令」之效力，除「禁止乙本於其對丙之 A 地所有權移轉登記請求權為收取或其他處分」外，僅在「禁止丙移轉 A 地所有權於乙」，揆諸上開通說見解，並無禁止丙處分該標的物（A 地）之效力，則丙「將 A 地另售予丁，並向該管地政機關辦畢 A 地所有權移轉登記予丁」之行為，縱然可能對於本件執行造成妨礙，亦難認屬上開刑法第 139 條第 2 項規定所稱「違背公務員依法所發具扣押效力命令之行為」，自無該條項規定之適用，更無所謂「類推適用」之可能，以符前揭「罪刑法定主義」之要求。
4. 結論：  
丙之行為並未違反上開扣押命令效力，執行人員亦無從向檢察機關舉發丙涉犯民國 108 年 5 月 29 日修正增訂之刑法第 139 條第 2 項、第 1 項規定之妨害公務罪嫌。

(二)設有丙之債權人戊持對丙之金錢債權執行名義，聲請強制執行仍登記於丙名下之 A 地，執行法院應如何處理？

1. 按關於債務人「責任財產」之認定，應依「形式審查原則」判斷，亦即執行標的是否屬「責任財產」，執行法院僅得就該標的之「外觀」為「形式審查」認定之。據此，就「不動產」之執行而言，即依「地政機關登記名義」認定之。
2. 故於本件，A 地既仍登記在丙名下，揆諸上開說明，自屬丙之責任財產，丙之債權人戊自得聲請強制執行該 A 地。或謂此將妨礙債權人甲之強制執行，惟扣押命令係以請求權為執行對象，禁止第三債務人交付或移轉債務人，並非對該標的物本身禁止處分，業如前述。
3. 又「強制執行之競合」者，乃指數債權人持數個執行名義對「同一債務人」之「同一責任財產」，同時或先後聲請強制執行（非「參與分配」）。於本件，債權人甲係以「乙」為債務人、「乙基於債權關係對丙之 A 地所有權移轉登記請求權」為執行標的；債權人戊則係以「丙」為債務人、「丙名下之 A 地」為執行標的，二強制執行之「債務人」與「責任財產」均不同，亦與上開「強制執行競合」之情形無涉，併此說明。
4. 結論：  
A 地既仍登記在丙名下，屬丙之責任財產，丙之債權人戊自得聲請強制執行該 A 地，執行法院仍應准許。

<sup>註 2</sup> 張登科，《強制執行法》，中華民國 108 年 8 月修訂，頁 471。

四、乙所有之 A 地 1 筆於民國（下同）105 年 5 月 5 日為甲設定普通抵押權登記，供作其向甲借款新臺幣（下同）1 千萬元之擔保；乙復於同年 6 月 5 日再將 A 地為丙設定普通地上權登記，丙即在其上建築 B 屋自住；嗣乙屆期未償還甲之借款，甲聲請拍賣抵押物，於取得法院核發准予拍賣乙所有 A 地之裁定後聲請強制執行，經執行法院查封 A 地，依鑑價結果核定第一次拍賣最低價額為 1 千 1 百萬元，但無人應買，減價拍賣前，甲以 A 地因丙之地上權及其 B 屋存在，無人應買，影響其抵押權為由，具狀聲請執行法院將 A 地上丙之 B 屋併付拍賣。問：執行法院應如何處理？請就併付拍賣要件、點交與否暨優先承買權之有無申論之。（25 分）

答題關鍵	第（一）小題之考點橫跨「強制執行法」及「民法」，考生須對於民法第 866 條、877 條等規定有所掌握，始能完整作答；第（二）小題考點為傳統的「點交」問題，考生只要掌握強制執行法第 99、98 條規定，即可輕鬆作答；第（三）小題則以實務見解為考點，但縱使不知悉相關實務見解，仍得依一般的法理邏輯推敲出答案。此外，考生尚須對土地法第 104 條所定「優先承買權」有一定的認識。
考點命中	1.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 142。 2.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 154。 3.《高點強制執行法講義》第一回，武政大編撰，頁 155~156。

### 【擬答】

執行法院應如何處理？

（一）併付拍賣要件：

- 按民法第 866 條規定：「不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權或其他以使用收益為目的之物權，或成立租賃關係。但其抵押權不因此而受影響。（第 1 項）前項情形，抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得除去該權利或終止該租賃關係後拍賣之。（第 2 項）不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，成立第 1 項以外之權利者，準用前項之規定。（第 3 項）」
- 次按，民法第 877 條規定：「土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得於強制執行程序中聲請法院將其建築物與土地併付拍賣。但對於建築物之價金，無優先受償償之權。（第 1 項）前項規定，於第八百六十六條第二項及第三項之情形，如抵押之不動產上，有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，準用之。（第 2 項）」其立法理由謂：「為維護抵押權人利益，於不動產抵押後，在該不動產上有益物權人或經其同意使用之人之建築物者，該權利人使用不動產之權利雖得先依第八百六十六條第二項規定予以除去，惟為兼顧社會經濟及土地用益權利利益，該建築物允應併予拍賣為宜，但建築物拍賣所得價金，抵押權人無優先受償權，爰增訂第二項規定。」
- 於本件，A 地所有人乙就 A 地設定普通抵押權予甲後，復再設定普通地上權予丙，丙即在其上建築 B 屋，雖屬合法（前開民法第 866 條第 1 項規定參照），惟因導致 A 地於第一次拍賣無人應買，使抵押權人甲實行抵押權受有影響，法院即得依上開民法第 866 條第 2 項規定除去該地上權後拍賣之，抵押權人甲並得依民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，於強制執行程序中聲請法院將 B 屋及 A 地併付拍賣，惟甲對於 B 屋之價金，無優先受償之權。
- 結論：  
法院得依上開民法第 866 條第 2 項規定除去該地上權，又本件符合民法第 877 條第 2 項所定「併付拍賣」之要件，甲並得依民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，於強制執行程序中聲請法院將 B 屋及 A 地併付拍賣，惟甲對於 B 屋之價金，無優先受償之權。

（二）點交與否：

- 按強制執行法第 99 條第 1、2 規定：「債務人應交出之不動產，現為債務人占有或於查封後為第三人占有者，執行法院應解除其占有，點交於買受人或承受人；如有拒絕交出或其他情事時，得請警察協助。（第 1 項）第三人對其在查封前無權占有不爭執或其占有為前條第二項但書之情形者，前項規定亦適用之。（第 2 項）」、第 98 條第 1、2 項規定：「拍賣之不動產，買受人自領得執行法院所發給權利移轉證書之日起，取得該不動產所有權，債權人承受債務人之不動產者亦同。（第 1 項）前項不動產原有之地上權、永佃權、地役權、典權及租賃關係隨同移轉。但發生於設定抵押權之後，並對抵押權有影響，經執行法院除去後拍賣者，不在此限。（第 2 項）」
- 於本件，A 地所有人乙就 A 地設定普通抵押權予甲後，復再設定普通地上權予丙，丙即在其上建築 B 屋，

雖屬合法（前開民法第 866 條第 1 項規定參照），惟因導致 A 地於第一次拍賣無人應買，使抵押權人甲實行抵押權受有影響，法院得依前開民法第 866 條第 2 項規定除去該地上權後拍賣之，業如前述，則於法院除去該地上權後拍賣者，依上開強制執行法第 99 條第 2 項準用同條第 1 項規定，執行法院應解除第三人丙對於拍賣標的物（B 屋）之占有，點交 B 屋於買受人或承受人。

3. 結論：

本件應予點交，執行法院應解除第三人丙對於拍賣標的物（B 屋）之占有，點交 B 屋於買受人或承受人。

(三)優先承買權之有無：

1. 按最高法院 100 年度台上字第 802 號民事判決已明揭：「按抵押權為擔保物權，不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，固仍得為使用收益，但如影響於抵押權者，對於抵押權人不生效力，故土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上設定地上權或其他以使用為目的之物權，或成立租賃關係，致影響於抵押權者，抵押權人自得聲請法院除去或終止，依無地上權或無租賃狀態拍賣，此乃民法第八百六十六條第一、二項規定之所由設。是以法院依該條項規定裁定除去地上權或終止租賃關係而拍賣時，因在該執行程序中，地上權或租賃關係被除去或終止者，依強制執行法第九十八條第二項但書規定，不隨同不動產之拍賣而移轉，執行法院發給權利移轉證書時，仍應依職權通知地政機關塗銷該地上權之登記（同法第十一條第一項），並應認該地上權或租賃關係已失其存在。於此情形，該被除去或終止之地上權人或租賃權人自不得對抵押權人或拍定人主張地上權或租賃權，進而對抵押不動產之拍賣享有優先承買權（土地法第一百零四條）。」
2. 於本件，A 地所有人乙就 A 地設定普通抵押權予甲後，復再設定普通地上權予丙，丙即在其上建築 B 屋，雖屬合法（前開民法第 866 條第 1 項規定參照），惟因導致 A 地於第一次拍賣無人應買，使抵押權人甲實行抵押權受有影響，法院得依前開民法第 866 條第 2 項規定除去該地上權後拍賣之，業如前述，則於法院除去該地上權後拍賣者，揆諸上實務見解之意旨，丙即不得對抵押權人甲或拍定人主張地上權，進而對抵押不動產（A 地）之拍賣享有優先承買權（土地法第 104 條規定參照）。
3. 結論：  
丙不得對抵押權人甲或拍定人主張地上權，進而對抵押不動產（A 地）之拍賣享有優先承買權（土地法第 104 條規定參照）。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！