

# 《強執與國私》

- 一、甲向乙買受建地一筆，經請求公證人作成公證書，載明：乙應於民國（下同）九十三年十一月十日將該建地交付並辦理所有權移轉登記與甲，甲應同時給付價金三百萬元與乙，否則均應逕受強制執行。惟屆期雙方均未為履行，甲、乙於同年月十二日以該公證書為執行名義，依其內容，分別以他方為債務人而聲請強制執行。試問：執行法院對甲、乙之聲請應如何處理？（25分）

命題意旨	本題思考方向在於公證書得為合法執行名義之要件。另外，附條件之執行名義，執行法院究應如何處理。
答題關鍵	本題答題關鍵在於公證法第十三條要件之記憶；實務見解*最高法院八十六年台抗五五一號判例，關於附條件執行名義執行之問題，為答題關鍵所在。

## 【擬答】

強制執执行程序者，乃係債權人依據執行名義，聲請執行法院對債務人施以強制力以滿足其私法上請求權之程序。是以強制執执行程序之進行，首應提出合法之執行名義，否則法院即應以裁定駁回其聲請(強制執行法四、五、六條參照)。

今題示情形所涉為第四條第一項第四款公證書為執行名義者。茲先就依公證法第十三條得為執行名義公證書之要件分析如下：

(一)須係公證法由公證人作成之公證書

(二)公證書內限於下述四種給付行為

- 1.給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。
- 2.給付特定動產。
- 3.租借用建築物或其他工作物，約定期間並應於期滿交還者。
- 4.租借用土地，約定非供耕作或建築為目的，而於期限屆滿應交還土地者。

(三)債務人給付遲延

(四)載明「應逕受強制執行」之執行約款，今分就甲、乙聲請部分討論如下：

1.執行法院對於甲之聲請應以裁定駁回

(1)如題示情形，今甲據以聲請對乙之執行，其執行名義既為公證書。則須係符合前述要件與公證法第十三條之公證書方得為合法執行名義。然甲之聲請乃係為「建地」所有權移轉登記與交付，自與前述要件不符。

(2)另由於執行法院僅得就執行名義為形式審查，今所涉實體權利法律關係非執行法院所得審究，故對於甲之聲請因未提出合法之執行名義，應認其不合法而應以裁定駁回(強制執行法四、五、六條參照)

2.執行法院對於乙之聲請原則應予准許，然甲若對乙未為同時履行部分有爭執者，執行法院即不得續為執行。

(1)按題示情形，因乙之聲請除符合公證法十三條第二款請求給付特定數量之行為(給付價金三百萬)，且

其他要件亦符合，故該公證書乃係為強制執行法第四條一項四款之合法執行名義，自執行法院自應受理其聲請。

(2)惟有爭議在於該公證書有載乙有同時履行建地登記，所有權移轉者，此部分應視為執行名義附有條件。依強制執行法第四條第二項之規定，須於條件成就時，始得開始強制執行。於此，究應由執行債權人乙舉證條件成就方得開始執行，亦或應由執行債務人甲舉證條件未成就而方不得開始執行，學說實務爭議如下：

a.執行債權人舉證說：

此說認為條件成就乃係開始強制執行之要件，故應由主張強制執行應開始者負舉證責任。於債權人舉證強制執行要件皆具備方得為開始執行。

b.執行債務人反證說：

此說認為因強制執行法係採當事人不平等主義，且執行法院無實體審查權。故當執行債權人提出合法執行文件，執行法院即應開始執行，至於未為條件成就涉及實體法權利義務爭執，執行法院無審究權利，故須俟執行債務人於此舉證，爭執後，執行法院方不得率予執行。

c.目前通說與實務(最高法院八十六年台抗五五一號判例)係採「執行債務人反證說」。蓋此說顧及強制執行法係採「當事人不平等原則」與「抽象請求權說」故學生從之。

d.故執行法院對於乙之聲請原則應予准許，然甲若對乙未為同時履行部分有爭執時，執行法院即不得續為強制執行。

二、甲對乙有五百萬元之金錢債權，依確定之終局判決，聲請強制執行。經執行法院查封乙所有之建地一筆後，乙死亡，其繼承人為子女 A、B；因上開建地不足清償債務，甲聲請續對 A 所有之汽車一輛及 B 於銀行存款一百萬元為執行，經執行法院先後為查封及發扣押命令。惟隨後於法定期間內，A 為限定繼承、B 為繼承之拋棄。於此情形，試問：(一)執行法院就上開建地得否逕行定期拍賣？(二)A、B 對上開其自有財產被執行，有無救濟方法？(25 分)

命題意旨	強制執行法第五條第三項之例外情形為何。又限定繼承者與拋棄繼承者其自有財產被強制執行之救濟方法在學說與實務爭議之情形。
答題關鍵	民法七百五十九條，強制執行法第十一條係可否就死亡債務人之不動產，逕為拍賣之答題關鍵。又最高法院七十五年第四次民事庭決議亦為限定繼承人自有財產被執行時，救濟方法答題關鍵所在。

### 【擬答】

(一)執行法院不得逕就該建地為定期拍賣，其理由如下：

- 1.依強制執行法第五條第三項之規定：「強制執行開始後，債務人死亡者，得續行強制執行。」故題示情形甲於對乙之強制执行程序開始後，乙(債務人)死亡，執行法院自得續為強制執行。
- 2.惟首應注意者在於 A 為限定繼承後，依民法一一五八條與通說之見解認為，在該限定繼承後公示催告債權人陳報債務之公告期間內，執行法院不得續為強制執行。

(1)依民法一一七八條拋棄繼承之規定，B 拋棄繼承後遺產歸 A 取得。惟 A 復為限定繼承，依據民法一一五七條之規定，法院應依公示催告程序公告命被繼承人之債權人於一定期限內，報明債權。

(2)有爭議者在於，民法一一五八條規定：「繼承人在前條所定之一定期限內，不得對於被繼承人之任何債權人，償還債務。」此是否代表執行法院亦應停止原強制執行政程序之進行？學說於此爭議頗多，惟依目前通說與實務見解認為，為達成民法一一五八使繼承債權人皆可公平受償之目的，故不僅於繼承人為清償時受限制，強制執行亦同受限制。是以，執行法院應停止強制執行，俟公示催告期間過後方得續行為強制執行。

(3)故 A 為限定繼承後，執行法院不得逕就該建地為定期拍賣。

3.另外應注意者在於，該建地既為不動產，依民法七百五十九條之規定，須變更登記後方得為處分行為。是以依強制執行法第十一條三項之規定：「債務人因繼承、強制執行、徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，執行法院得因債權人之聲請，以債務人費用，通知登記機關登記為債務人所有後而為執行。」故執行法院縱已於前開期間後續為執行者，亦須因甲之聲請將該建地變更登記為 A 所有後方得定期拍賣。

(二)A、B 對上開自有財產被執行，其救濟方法討論如下：

#### 1.就 A 之部分而論

如前所述，A 既為限定繼承人，僅就其繼承利益之限度內負責。今 A 之自有財產被執行本得提起異議之訴救濟之，惟究應提起債務人異議之訴亦或第三人異議之訴，學說容有爭議之空間，分述如下：

(1)債務人異議之訴說：此說認為限定繼承人仍為繼承人僅係清償責任受限制，故仍係執行債務人，故對於自有財產被執行應提起債務人異議之訴以為救濟。

(2)第三人異議之訴說：此說認為限定繼承人，就被繼承人之債務，僅負以遺產為限度的有限責任，故若就限定繼承人之固有財產為執行，應認此時係為強制執行法第十五條之第三人，而應提起第三人異議之訴以為救濟。

(3)聲明異議說：此說認為該等執行乃係違法執行，自得依同法十二條聲明異議。目前實務(最高法院七十五年第四次民事庭決議)係採第三人異議之訴說，此說說理清楚，學生從之，故 A 應提起第三人異議之訴以為救濟。另外，A 亦可依據同法十八條規定，聲請停止執行。

#### 2.就 B 之部分而言

(1)如前所述，B 既為拋棄繼承，則其非繼承人亦非執行債務人，自不得對其自有財產為強制執行，今該等執行即為違法之執行，且為不當執行。

(2)是以其救濟之方法。如下：

a.B 可對於該違法執行，依強制執行法第十二條聲明異議。

按強制執行法第十二條規定：「當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法院、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，得於強制执行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。」，前述違法執行既係對非執行名義效力所及之人實施強制執行，應屬「其他侵害利益情事」者，自得於強制执行程序終結前聲明異議。

b.B 亦可主張其非強制執行法第四條之二，執行力擴張效力所及之人，而提起同法十四條一債務人不適格之訴救濟。

按執行債權人甲對 B 為執行若係主張其為強制執行法第四條之二第一項第一款之繼受人，而為執行

力主觀範圍效力所及者，則依據同法第十四條一項規定：「債務人對於債權人依第四條之二規定聲請強制執行，如主張非執行名義效力所及者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。」，故如題示情形，B 自可就其自有財產被執行提起「債務人不適格」之異議之訴。又若提起異議之訴，B 可依據同法第十八條之規定，聲請停止執行，以茲救濟。

3. 小結：A 就其自有財產被執行可依據最高法院七十五年第四次決議，提起第三人異議之訴；B 就其自有財產被執行，可依強制執行法十二條聲明異議，亦可提起同法十四之一第一項之「債務人不適格」之異議之訴。

三、甲對乙有三百萬元之金錢債權，於民事訴訟中成立和解後，聲請強制執行。乙現所居住之房屋為丙所有（未為保存登記），執行法院依甲之指封而予以查封拍賣，由丁拍定後，丁繳清價金，取得權利移轉證書，並經執行法院將該房屋點交於丁，交付價金二百五十萬元於甲。事後丙始知悉上情，試問：丙有無救濟方法？（25 分）

命題意旨	第三人異議之訴提起之時間點，與可否對執行債權人主張不當得利為本題思考方向。
答題關鍵	司法院院字二七七六號解釋與最高法院五十二年台上二六六一號判例為本題答題關鍵所在。

### 【擬答】

依目前實務見解，丙可對乙依民法不當得利之規定請求返還相當價金之利益以為救濟。惟不可依強制執行法第十五條主張第三人異議之訴，亦不得對甲主張有民法不當得利之適用。擬詳述如下

(一) 首就丙可否主張第三人異議之訴而論

1. 強制執行法第十五條固有規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。」今甲指對拍賣之房屋既係第三人丙所有之房屋，丙似可依前揭法條主張權利，惟應注意者在於，提起第三人異議之訴須限於強制執行程序終結前提起。
2. 依司法院 2776 號解釋(一)謂：「強制執行法第十五條所定第三人異議之訴，以排除執行標的物之強制執行為目的，故同條所謂強制執行程序終結係指對於執行標的物之強制執行程序終結而言，對於執行標的物之強制執行程序如已終結則雖因該執行標的物之賣得價金不足抵償執行名義所載債權之全部，致執行名義之強制執行程序尚未終結，第三人亦不得提起異議之訴……。」，題示情形丙所有之屋既經丁繳清價金取得權利移轉證明書，且終點交取得占有，則對該屋之「拍賣程序終結」。又拍賣之價金既已由法院交付於甲，則對該屋之強制執行程序亦已終結，至於甲對於乙尚有五十萬元未予執行完畢，如前院字 2776 號解釋所示，此係甲乙全部执行程序未終結者，丙亦不得謂該屋执行程序未終結。故丙自不得依強制執行法第十五條之規定提起第三人異議之訴。

3. 小結：丙此時不可主張強制執行法第十五條第三人異議之訴以為救濟。

(二) 次就丙可否對乙主張民法不當得利之規定而論

1. 按民法第一百七十九條不當得利之要件為：
  - (1) 一造受有利益；
  - (2) 他造受有損害；
  - (3) 利益與損害有因果關係；

(4)受利益者乃係無法律上原因而受益。

2.題示情形，乙因丙房屋遭誤為拍賣，其對甲之債務因此清償(受有利益)，丙喪失該屋所有權(受有損害)，兩者係基於同一原因事實(有因果關係)，且乙之受益非有法律上原因。此盡皆符合民法不當得利之要件，故丙可對乙主張之。

3.小結：丙可對乙主張民法不當得利之規定，請求返還相當房屋對價之利益，以為救濟。

(三)丙可否對甲主張民法不當得利之規定而救濟之部分

1.查實務上向來認為甲受有利益與丙受有損害非屬同一原因事實，故不符合不當得利之要件(最高法院五十三台上二六六一判例)，故丙不可對甲主張不當得利以為救濟。

2.應予注意者在於上開最高法院五十三台上二六六一判例，雖某經最高法院決議不再援用，然該不予援用之理由在於「因果關係」之認定仍有爭議。故實務上並非因此改變實務見解可以對執行債權人主張不當得利

3.因本案題示情形，執行債權人甲非故意指封錯誤，故不得主張民法不當得利以為救濟。

4.小結：丙依據目前實務見解，仍不可對甲主張民法不當得利之規定而為救濟。

5.結論：依據目前實務之見解，丙僅可對乙依民法不當得利之規定請求返還價金以為救濟。

四、試就國際私法中「反致問題」，回答下列問題：

(一)何謂「反致」？又何謂「全部反致」？(7分)

(二)有謂「反致之作用在調和屬人法兩大原則之衝突」，是否允當？(6分)

(三)涉外契約準據法採「當事人意思自主原則」時，法院應否適用反致？(6分)

(四)涉外船舶物權準據法採「船籍國法」時，法院應否適用反致？(6分)

(賀本班國際私法總複習講義命中、模擬考題命中，國私強執衝刺班講義完全命中)

命題意旨	反致一直為國際私法上之重要課題，但我國國際私法的教科書上對於「全部反致」之制度並未全然加以介紹，其中以陳榮傳老師、賴來焜老師對此部分著墨較多，高點所出版之國際私法講義，亦將此部分見解全數收錄，故僅須熟悉此兩位老師之見解或詳讀班內講義即可輕鬆拿高分。
答題關鍵	本題四小題之分數配置均相當平均，故在答題篇幅上亦應當注重比例之分配且如為學說上有爭議時，亦應將爭點一併列出。
參考資料	1.高點國際私法講義，第112、215、218至220頁。 2.田台大，93年度國際私法總複習班講義第4至6頁、國際私法模擬考題第一題。 3.劉鐵錚、陳榮傳著，國際私法論，第569、570、584頁。

【擬答】

(一)所謂「反致」(renvoi)乃指某一涉外法律關係，依法庭地國之國際私法規定應適用某依外國法，而依該外國國際私法之規定，又應適用法庭地法或他國法時，即以法庭地法或他國法而為適用。又反致之分類上，如依據是否含外國國際私法之反致條款可分類為：

1.一部反致(partial renvoi)又稱為單純反致(single renvoi)

法庭地國際私法，就某涉外法律關係採一部反致者，其於依內國國際私法適用某外國法時，僅適用該外國國際私法對該涉外法律關係所指定之準據法，而不問也不適用該外國國際私法上有關反致之規定。

2.全部反致(total renvoi)又稱為雙重反致(double renvoi)

法庭地國際私法，就某涉外法律關係採全部反致者，其於依內國國際私法適用某外國法時，不僅適用該

外國國際私法對該涉外法律關係所指定之準據法，且也須適用該外國國際私法上有關反致之規定。亦即採全部反致時，除須證明某外國國際私法對該涉外法律關係準據法之規定外，尚須證明該外國國際私法尚有關反致之規定。

(二)我國學者雖有主張反致之作用在調和屬人法兩大原則之衝突，亦即須當事人之本國法以住所地法為屬人法，方採取反致，但如依據現行法觀之，此見解並非恰當。析述如下：

- 1.我國涉外民事法律適用法第二十九條規定「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律，依該其他法律更應適用其他法律者亦同。但依該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」並無限制當事人本國法須以住所地法為屬人法，始採反致之明文。
- 2.依據涉外民事法律適用法草案說明書，關於第二十九條之說明，明示反致目的在於「(1)調和內外國關於法律關係法則之衝突，(2)參照外國之法律適用法則，對於系爭之法律關係，選擇其最適當之準據法。」故不應解釋僅有當事人本國法以住所地法為屬人法時，始有反致適用之條件。
- 3.我國反致條款有採取間接反致之類型，而間接反致之適用情形複雜，其適用範圍不能限於屬人法，亦足證明我國反致條款實不以調和本國法與住所地之衝突為限。

(三)所謂「當事人意思自主原則」，係就特定涉外法律關係，法律允許當事人得以合意選擇應適用法律時，係以當事人意思為連結因素，此種當事人得以合意選擇應適用法律之規定稱之。而當事人得合意選用之法律，原則上僅限於一國之實體法，不包括該國之國際私法選擇規則，故應排除反致之適用。

而我國關於當事人自主原則之適用，如當事人意思不明時，採取若干硬性規則為補充性規定，其中涉外民事法律第六條第二項前段規定「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法」此時是否應適用反致條款，學說上有爭議：

肯定說：反致條款適用之條件，以應適用之法律關係為準，與該涉外法律關係之種類無關，故以國籍為連結因素時均有適用。

否定說：大多承認反致之立法例，係以屬人法事項為範圍，且關於涉外民事法律適用法第六條前後之適用順序中均無反致之適用。

本文以為採否定說為宜，因綜觀涉外民事法律適用法以本國法為準據法者，實以屬人法適用為範疇，其餘因事實行為、不法行為而發生債之關係者，均不採屬人法原則，法律行為發生債之關係第一順位之準據法亦同，且我國立法例採取共同本國法為準據法係為矯正逕行適用行為地法之弊，如因反致之結果反適用行為地法，顯有為立法意旨。

(四)關於船舶之法律關係，例如船舶優先權應適用船舶之船籍國法時，是否有反致之適用，本文採肯定說：理由如下：

- 1.船舶物權之準據法，包括船舶優先權之準據法，除依據涉外民事法律適用法第十條第四項前段，尚有可能依據強制執行法第一百一十四條之三前段，後者屬於實質國際私法，故仍屬涉外民事法律適用法第二十九條規定之「依本法」。
- 2.就涉外法律關係應否限制而言：目前應以基於一切法律關係所成立之案件均適用反致為當。第一，基於反致之作用言：反致條款目的除了調和關於法律適用法則之衝突外，使得就具體案件參照外國之法律適用法則，對於系爭法律關係，選擇其最適當之準據法理想崇高，為使個案能最符合具體妥當性，基於此

反致之機動性，適用案件，不宜限制。第二，就立法者意旨言：草案說明書明示反致目的在於「調和內外國關於法律關係法則之衝突」，而非僅限於調和屬人法則兩大原則（本國法主義與住所地法主義）之衝突。第三，就我國反致限制標準：我國反致之限制標準在於限制特定連結因素（國籍）所成立之法律關係，即須依本法適用當事人之國籍為連結因素所成立之準據法，其他連結因素所成立之準據法即不得反致，故應為連結因素之特定非法律關係之特定。

就船舶國籍性質之剖析：學者有將船籍國法稱為船舶之本國法。蓋船舶有國籍，猶如自然人之有國籍，法律上注重其獨立性，視其為獨立之個體，具有法律上之擬制人格，接受船籍國所賦予之權利及義務，故對於船舶之身分法律，應依所登記國之法律（即船籍國法）如人身份上事項應依其本國法者同。

# 《強執與國私》

一、甲取得對乙新台幣一百萬元執行名義，聲請強制執行，主張乙對丙有一百二十萬元債權，請求執行法院對丙發扣押命令。該扣押命令於九十年五月一日送達於丙。復於同年五月九日發收取命令，准予甲向丙收取，該命令亦於同月十一日送達丙。乙之他債權人丁則於同年五月十日以其得有對乙六十萬元之執行名義聲明參與分配；而丙於同年五月十二日向執行法院聲明異議，謂伊僅欠乙八十萬元，乙則稱丙欠伊一百二十萬元。試附理由說明下列各問題：

(一) 甲可否聲請執行法院對丙逕行制執行一百二十萬元？如法院對丙強制執行時，丙可尋求如何之救濟？(20 分)

(二) 丁聲明參與分配，就執行乙對丙之債權，其受償範圍如何？如何受償？(15 分)

命題意旨	以「債務人對於第三人之金錢債權」為執行客體時之执行程序應如何進行。
答題關鍵	1. 強制執行法第一百二十條第二項執行法院逕向第三人強制執行規定的要件；執行法院違法執行，當事人或利害關係人之救濟程序。 2. 在以「債務人對於第三人之金錢債權」為執行客體的执行程序中，參與分配的時點為何；其它債權人參與分配後，執行法院應如何處置；扣押命令的範圍；參與分配之數額應如何分配。
擬答鑑示	參考：高點上課講義，頁 98~102，頁 302，頁 308，頁 328~329。

## 【擬答】

(一) 1. 甲取得對乙新台幣一百萬元執行名義，聲請強制執行，主張乙對丙有一百二十萬元債權，請求執行法院強制執行乙對丙之一百二十萬元債權，此屬於以「債務人對第三人之金錢債權」為執行客體的強制执行程序，應適用強制執行法第二章第五節「對於其它財產權之執行」的規定。

執行法院首先對丙發扣押命令，依強制執行法第一百五條第一項之規定，目的在禁止債務人乙收取或為其它處分，並禁止第三人丙向債務人乙清償。

另外，依強制執行法第一百十八條第二項規定，扣押命令，於送達第三人時發生效力。在本題中，因為扣押命令在九十年五月一日送達於第三人丙，所以發生效力的時點是九十年五月一日。

執行法院接著發收取命令，依強制執行法第一百五條第二項規定，目的在使債權人甲可以直接向第三人丙收取。另外，依強制執行法第一百十八條第二項規定，收取命令，亦是於送達第三人時發生效力。在本題中，因為收取命令在九十年五月十一日送達於第三人丙，所以發生效力的時點是九十年五月十一日。

強制執行法第一百十九條規定：「第三人不承認債務人之債權或其它財產權之存在，或於數額有爭議或有其它得對抗債務人之事由，應於接受執行法院命令後十日內，提出書狀，向執行法院聲明異議。(第一項)第三人不得於前項期間內聲明異議，亦未依執行法院命令，將金錢支付債權人，或將金錢、動產或不動產支付或交付執行法院時，執行法院得因債權人之聲請，逕向該第三人為強制執行。(第二項)對於前項執行，第三人得以第一項規定之事由，提起異議之訴。(第三項)第十八條第二項之規定，於前項訴訟準用之。(第四項)」。依照上述第二項規定，執行法院因債權人之聲請，逕向第三人為強制執行，其要件有二，第一，第三人未於第一項期間內聲明異議，第二，第三人亦未依執行法院命令，將金錢支付於債權人。在本題中，丙確實未依收取命令將金錢支付於甲，符合第二要件，但是丙於五月十二日聲明異議，若第一百十九條第一項所言之命令只包括扣押命令，則丙未於十日內聲明異議(丙接受扣押命令是五月一日，十日內僅到五月十一日。)，但若該命令包括收取命令，則丙已於十日內聲明異議。(丙接受收取命令的時點是五月十一日，十日內可以到五月二十一日。)(另外，丙當然須以書狀聲明。)

關於上述問題，可分為兩說：

(1) 甲說：僅限於扣押命令。如果包括換價命令(在本題中指收取命令)，將使第三人不積極聲明異議，造成程序上的浪費。

(2) 乙說：不限於扣押命令，尚包括換價命令(在本題中指收取命令)，因為第一百十九條第一項規定並未明文限於扣押命令。

筆者以為，甲說固然有理，但畢竟法無明文下就任意限制人民權利，恐有疑問，故採乙說。多數說和實務見解亦同。(參照辦理強制執行事件應行注意事項第六十四項第一款)





綜上所述，丙已於十日期間內聲明異議(丙接受收取命令時點是五月十一日，十日內可以到五月二十一日止。)，所以債權人甲不可以聲請執行法院，逕向丙強制執行。

2.由上題可知，執行法院不得依債權人甲的聲請直接對丙進行強制執行。若執行法院誤對丙進行強制執行時，此時即屬違法執行。強制執行法第十二條規定：「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，或其它侵害利益之情事，得於強制执行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。(第一項)前項聲請及聲明異議，由執行法院裁定之。(第二項)不服前項裁定者，得為抗告。(第三項)」依該規定，第三人丙對於執行法院不遵守強制執行時之程序，於強制执行程序終結前，聲明異議。

(二)1.債務人乙的另一債權人丁聲明參與分配。強制執行法第三十九條規定：「參與分配之債權人，除依法優先受償者外，應按其債權額數平均受償。」由此可知，除非甲或丁有人的債權具優先權者外，不然應依比例受償，也就是五比三的比例(一百萬元比六十萬元)。但對於此，有兩點前提須說明：

(1)執行法院因甲之聲請所發扣押命令的範圍如何，換言之，乙對丙之債權究竟被扣押多少數額。對於此點，應認為及於債權額全部，在本題中可能是一百二十萬元或八十萬元。

(2)乙對於丙的債權數額究竟是多少將影響到丁受償的範圍。強制執行法第一百二十條第規定：「第三人一第一百十九條第一項規定聲明異議者，執行法院應通知債權人。(第一項)債權人對於第三人之聲明異議認為不實時，得於收受前項通知後十日內向管轄法院提起訴訟，並應向執行法院為起訴之證明及將訴訟告知債務人。(第二項)債權人未於前項規定期間內為起訴之證明者，執行法院得依第三人之聲請，撤銷所發執行命令。」由此規定可知，該數額應依訴訟(收取訴訟)程序由法院作最後的判決。

2.關於丁應如何受償的問題，應分為兩點說明：

(1)當執行法院發收取命令時，以債權人實際由第三人收取到金錢時為執行程序終結時點，在此時點前，債務人的其它債權人均可聲明參與分配。在本題中，丁聲明參與分配是在五月十日，是收取命令生效前(五月十一日)，所以絕對是在甲實際向丙收取到金錢前，所以丁可以參與分配。

(2)執行法院在接到丁參與分配之聲明後，為了參與分配程序的順利進行，應該最好由法院向丙收取金錢，再於製作分配表後依甲和丁的債權比例來分配，換言之，執行法院應該撤銷收取命令，改發支付轉給命令。

二、甲對乙取得一百萬元之確定勝訴判決，不料乙死亡，甲以丙為乙之繼承人，聲請對丙強制執行，丙主張伊非乙之繼承人，提出戶籍謄本為證，執行法院遂駁回甲強制執行之聲請。甲主張丙係乙之非婚生子女，且自幼受乙扶養，依民法第一千零六十五條規定視為認領，自為乙之繼承人。甲如欲繼續對丙請求執行，有多少途徑可資採取？(20分)

命題意旨	當事人適格爭議的解決程序。
答題關鍵	強制執行法第十四條之一第二項規定的許可執行之訴；許可執行之訴和對駁回裁定所提起的抗告間的關係。
擬答鑑示	參考：高點上課講義，頁130~133。

### 【擬答】

(一)甲對乙取得一百萬元之確定勝訴判決，不料乙死亡，此時強制执行程序就應如何進行。強制執行法第五條第三項規定：「強制執行開始後，債務人死亡者，得續行強制執行。」又強制執行法第四條之二第一項規定：「執行名義為確定終局判決者，除當事人外，對於左列之人亦有效力：訴訟繫屬後為當事人知繼受人及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者。(第一款)為他人而為原告或被告之該他人者及訴訟繫屬後為該他人之繼受人，及為該他人或其繼受人占有請求之標的物者。(第二款)」由此規定可知，若丙確實為乙之繼承人，則甲可聲請執行法院對之進行強制執行。

(二)現在甲聲請執行法院對於丙進行強制執行，因執行法院不認為丙釋乙的繼承人而駁回甲的聲請，甲究竟有何救濟途徑。強制執行法第十四條之一第二項規定：「債權人依第四條之二規定聲請強制執行經執行法院裁定駁回者，得於裁定送達後十日之不變期間內，向執行法院對債務人提起許可執行之訴。」由此規定可知，強制执行程序上的當事人適格若發生爭執時，應該由執行法院民事庭以判決作最後決定，因為此為實體上事項。甲可依據強制執行法第十四條之一第二項規定於駁回裁定送達後十日內以丙為被告向執行法院民事庭提起許可執行之訴，來解決丙是否為乙的繼承人的爭議。另外，甲可不可以不依強制執行法第十四條之一第二項規定提起許可執行之訴，而改對執行法院的駁回裁定提起抗告，關於此點，有下述二說：

1.肯定說：辦理強制執行事件應行注意事項第六項第二款規定，債權人依本法第四條之二規定聲請強制執行，經執行法院裁定駁回者，應通知債權人得於裁定送達後十日內之不變期間向執行法院對債務人提起許可執行之訴，此不變期間不因抗告而停止進行。由此規定可知，債權人得針對執行法院的駁回裁定提起抗告來救濟。

2.否定說：強制執行法既然已特別設立許可執行之訴的救濟程序，則對於駁回聲請之裁定，應無抗告的實益。

筆者以為，基於尊重執行法院實際程序進行的方式，故應採肯定說。



最後，甲當然可以捨棄強制執行的救濟程序，另外依實體訴訟程序來請求救濟，換言之，以丙為被告向普通法院提起一百萬元的給付之訴，待獲得勝訴確定判決後，再以此為執行名義聲請強制執行。

綜合言之，甲有許可執行之訴、抗告及另外對丙提起訴訟三種救濟程序可尋求。

### 三、試述債務人之動產經查封後，債務人對於查封物所為處分行為之效力。(20 分)

命題意旨	查封效力的解釋。
答題關鍵	強制執行法第五十一條第二項有關絕對無效、相對無效及個別相對無效、程序相對無效兩大爭議。
擬答鑑示	參考：高點上課講義，頁 183~185。

#### 【擬答】

強制執行法第五十一條第二項規定：「實施查封後，債務人就查封後所為移轉、設定負擔或其它有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。」其中「對於債權人不生效力」之用語，學說及實務有兩大爭議，現說明如下。

(一)「不生效力」所指為何，對於此點有二說：

- 1.絕對無效說：債務人所為之處分對於任何人言皆為無效，而且是確定無效，不因債權人撤回執行而回復效力。理由是查封為公法上之處分，查封後債務人既已喪失處分權，為貫徹禁止債務人處分的目的，其處分應為絕對無效，確定無效。
- 2.相對無效說：債務人所為之處分行為僅對於債權人言是無效，而且在債權人撤回執行後，該處分行為會完全回復其效力。理由是債務人僅在查封目的範圍內喪失處分權，而且如此方可保障與債務人為處分行為的相對人，亦即交易安全的保護。

筆者以為，應採相對無效說。因為強制執行法第五十一條第二項規定「對於債權人不生效力」，可見係採相對無效說，況且如此方可平衡查封目的和交易安全，而不會偏廢。多數說及實務見解亦採此看法。(最高法院五十一年台上字第一五六號判例參照)

(二)另外一個問題是「債權人」的範圍到底所指為何，關於此，有兩個看法，說明如下：

- 1.個別相對無效說：可主張處分行為無效之債權人僅限於執行債權人及處分行為前參與分配的債權人，換言之，應個別比較債權人參與分配的時點和債務人為處分行為的時點來加以決定。
- 2.程序相對無效說：只要是在同一執行程序存續中，該處分行為對處分前後參與分配之債權人及執行債權人均不生效力，換言之，只要查封是在債務人為處分行為前的程序中，任何債權人皆可主張處分行為不生效力。

筆者以為，基於平等主義之精神，應採程序相對無效說，因為個別相對無效說無形中依聲明之先後，限制部分債權人平均受償的權利，顯有違平等主義的精神。多數說及實務見解亦同此看法。(最高法院五十一年台上字第一五六號判例參照)

### 四、住在洛杉磯之美籍夫甲與韓籍妻乙，因工作關係目前定居在我國。嗣因感情不睦，乙離家不歸。甲至我國法院提起訴訟，欲強制乙履行同居對務。假設我國法院有管轄權，試請分析我國法院在受理本案件時，可能考量之問題。(25 分)

命題意旨	本題乃為基本國際法考題，若同學們熟悉國際私法七大解答步驟，應該可以得心應手。
答題關鍵	由於夫妻間之同居義務乃為婚姻效力之問題，是以與我國涉外民事法律適用法第十二條有關。
擬答鑑示	參考：高點國際私法講義全一冊

#### 【擬答】

(一)涉外民事案件：

- 1.涉外案件：本題由於涉及外國人(即美籍夫甲及韓籍妻乙)，是以具有涉外因素(即 foreign elements)，為涉外案件。
- 2.民事案件(civil case)：本題為民事案件。

(二)管轄權(jurisdiction)：題目已言明我國法院有管轄權，查就管轄權之部份，只要管轄法院不違反「公益」「私益」及「實效性」「合理性」「便利性」原則，原則上一般法院均具有管轄權。

(三)定性(qualification)：

- 1.定義：所謂定性即謂決定法律關係之性質之謂也。
- 2.學說：現今定性之學說有四，分別為「法庭地法說」、「本案準據法說」、「初步定性及次步定性說」及「分析及比較法理說」。目前定性學說通說為「法庭地說」，理由僅有適用上之方便，並無邏輯上之必然。
- 3.本題之法律關係之性質應為婚姻效力。

(四)連繫因素(connecting factors)：



1.定義：連繫準據法與涉外案件之事實。

2.種類：

- (1)與主體有關之連繫因素：如國籍、住所地。
- (2)與客體有關之連繫因素：如物之所在地。
- (3)與行為有關之連繫因素：如法律行為地、不法行為地。
- (4)與意思表示有關之連繫因素：如當事人合意。

3.本題之連繫因素應為「國籍」。

(五)準據法之選擇(choice of law)：由於本案於我國法院起訴，並依「法庭地法說」來決定本案之定性，是以，我國法院得依我國與婚姻之效力有關之選法規則，即涉外民事法律適用法第十二條來決定準據法之適用。即「婚姻之效力依夫之本國法，但為外國人妻未喪失中華民國國籍，並在中華民國有住所或居所，或外國人為中華民國之贅夫者，其效力依中華民國法律。」

由於本案夫為美國人，妻為韓國人，其婚姻之效力應依夫之本國法為準據法，即美國法而為準據。

(六)準據法(applicable law)之適用：

- 1.準據法適用之方式：準據法適用方式有四，「單一適用」、「選擇適用」、「併行適用」或「累積適用」。本案準據法之適用為直接適用夫之本國法，是以僅為準據法之「單一適用」。
- 2.本案準據法之適用：已如前述，本案應以美國法為單一適用之準據法，是以乙是否應履行同居義務，應依美國法律為準據法。
- 3.其他：
  - (1)涉外民事法律適用法第二十五條：於適用外國法(美國法)時，視其有無背於中華民國公序或善良風俗。
  - (2)涉外民事法律適用法第二十八條：由於本案係適用夫之本國法，故有「複數法域」之問題。
  - (3)涉外民事法律適用法第二十九條：本案由於適用當事人本國法，是故亦有反致之問題。

(七)結論(conclusion)：住在洛杉磯之美籍夫甲與韓籍妻乙，因工作關係目前定居在我國。嗣因感情不睦，乙離家不歸。甲至我國法院提起訴訟，欲強制乙履行同居義務。如前所述，應以美國法為準據法來判斷乙是否應履行同居義務。

